Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche

VITTORIO POLACCO
PROFESSORE ORDIN. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
SENATORE DEL REGNO

LE OBBLIGAZIONI

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

I.

Generalità - Elementi costitutivi delle obbligazioni - Obbligazioni naturali, alternative, generiche, a termine - Effetti delle obbligazioni in generale - Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni

SECONDA EDIZIONE
RIVEDUTA ED AMPLIATA

ATHENAEUM
ROMA - 1915

Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche

VITTORIO POLACCO

PROFESSORE ORDIN. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
SENATORE DEL REGNO

LE OBBLIGAZIONI

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

I.

Generalità - Elementi costitutivi delle obbligazioni - Obbligazioni naturali, alternative, generiche, a termine - Effetti delle obbligazioni in generale - Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni

SECONDA EDIZIONE
RIVEDUTA ED AMPLIATA

ATHENAEUM
ROMA - 1915

sono in particolare le *Successioni* e la parte del Diritto giudiziario civile che si riferisce alle prove in generale.

Verrebbe ora dunque, secondo l'ordine logico, il discorso intorno alle cause onde originano le obbligazioni. Ma qui si presenta opportuno uno spostamento. Tratterò cioè prima, per la maggiore generalità del tema attinente a tutte quante le obbligazioni, degli effetti di esse, e passeremo poi alle singole cause delle obbligazioni, alle quali sono inoltre inerenti degli effetti particolari.

PARTE SECONDA

Effetti dell'obbligazione

SOMMARIO: 54. Divisione di questa Parte in due Titoli.

54. Il vasto argomento che imprendo ora a trattare verrà ripartito in due Titoli. Nel primo si esamineranno gli effetti dell'obbligazione in generale, astrazion fatta da due delle eventuali determinazioni accessorie, cioè dalla condizione o dal *modo*. Invece rientrerà in questò titolo ciò che riguarda le obbligazioni a termine, di cui vien fatto necessariamente di discorrere, come vedremo, nell'esaminare quando l'obbligazione possa dirsi esattamente adempiuta. Il secondo Titolo raccoglierà le norme speciali che intervengono, sempre in riguardo agli effetti, allorchè trattisi di obbligazioni condizionali o modali.

TITOLO I.

Effetti dell'obbligazione in generale

Sommario: 55. Partizione del Titolo in due Capitoli, e suddivisione di questi in più Sezioni.

55. Divido questo Titolo in due Capitoli. *La necessità di esatto adempimento,* effetto sostanziale di ogni obbligazione formerà oggetto del primo Capitolo, dove in tre separate Sezioni vedremo: 1) che cosa debba prestarsi e da chi, 2) dove, 3) quando, perchè possa parlarsi di adempimento esatto, consacrando finalmente una quarta Sezione al modo di soddisfacimento dei debiti pecuniarî. Nel secondo Capitolo passerò a discorrere dell'*inadempimento o ritardato adempimento delle obbligazioni,* considerando in sei distinte Sezioni: 1) il caso, 2) il dolo, 3) la colpa, 4) la mora, 5) la teoria dei danni e interessi, 6) la speciale applicazione delle teoriche del caso, del dolo e della colpa alle obbligazioni alternative.

Capitolo I.

Necessità di esatto adempimento.

Sommario: 56. Principio fondamentale contenuto nell'Art. 1218. Transizione alle tre prime Sezioni del Capitolo.

56. La norma fondamentale nel tema che ci occupa è data dall'Art. 1218, così concepito: «Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni». Non deve trarre in errore l'espressione «*chi ha contratto*», quasichè il principio valesse solo per

le obbligazioni convenzionali: è quella una locuzione generica riferibile alle obbligazioni tutte, qualunque ne sia la fonte.

L'adempimento è naturalmente lo scopo cui mira l'obbligazione, ed è al tempo stesso la causa normale di estinzione di essa. Sotto il secondo aspetto appunto lo considera il nostro Codice col nome generico di *pagamento* nel Capo che tratta dei modi onde le obbligazioni si estinguono (1). Per non discostarci troppo dall'ordine del Codice, rimanderemo anche noi a quando tratteremo della estinzione delle obbligazioni molte norme relative al modo di adempierle, quantunque sistematicamente ci paiano preferibili quelle legislazioni che le hanno raccolte sotto la Sezione consacrata agli *effetti* delle obbligazioni, come ha fatto p. es. il più volte citato *Codice federale svizzero* (2). Intanto qui non possiamo non richiamare alcune di quelle norme a spiegazione dell'avverbio *esattamente* che figura nel citato Art. 1218. Quest'esattezza la si ha solo quando si effettui integrale la prestazione dovuta e non altra in sua vece, la si effettui nel luogo debito e finalmente nel tempo debito, punti questi che verranno esaminati, come già si è detto, nelle tre prime Sezioni del presente Capitolo.

SEZIONE I.

Esatta prestazione di ciò ch'è dovuto.

Sommario: 57. L'Art. 1245: esclusione del *beneficium dationis in solutum*. — 58. L'Art. 1246: necessità di pagamento integrale. — 59. Esclusione del *beneficium competentiae*: differenza fra questo *beneficium* e il caso di certi beni del debitore sottratti alla esecuzione forzata. — 60. Obbligazioni di dare, sia la cosa individuata o generica. — 61. Se e quando per l'esattezza dell'adempimento occorra che la prestazione si faccia dalla persona del debitore; osservazioni speciali sul capov. dell'Art. 1238.

57. Dichiara l'Art 1245 che «il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è do-

---

(1) Art. 1236 e segg. Quanto all'accennato significato generico della voce *pagamento (solutio)* veggansi pr. Inst. quib. mod. oblig. toll. 3, 29, l. 54 D. de solut. et liberat. 46, 3 di Paolo, l. 176 D. de verb. signif. 50, 16 di Ulpiano confr. con la l. 47 eod. di Paolo.

(2) Art. 68 e segg. (Art. 77 e segg. del Codice del 1881).

vuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore». Questo ricevere *aliud pro alio* non può essere che effetto di una nuova concorde volontà delle parti, e si dice allora che l'obbligazione si estingue per via di *dazione in pagamento*. Quello dunque che è assolutamente proscritto dall'Art. 1245 è il cosidetto *beneficium dationis in solutum* del Diritto giustinianeo, disciplinato precisamente dalla Novella 4ª, Cap. 3 di Giustiniano, a tenor della quale fu data facoltà ai debitori *ex contractu* di somme di danaro, pressati dai creditori a pagare, privi di mezzi pecuniarî e nella impossibilità di procurarseli mediante la vendita a giusto prezzo delle cose loro, di costringere i creditori a ricevere in pagamento beni immobili, bensì a loro scelta e stimati giudizialmente (1).

Dal principio che non possa a suo libito il debitore mutare la prestazione dovuta deriva che, trattandosi di obbligazione alternativa, egli non potrà costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra delle cose disgiuntivamente comprese nell'obbligazione (Art. 1177): simile prestazione *mista* non sarebbe più infatti nè l'una nè l'altra di quelle a cui il debitore è categoricamente tenuto.

58. L'Art. 1246 soggiunge: «Il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile». È tolta così ogni dubbiezza, la quale invece si presenta in Diritto romano, per effetto di un testo, che ha dato molto filo da torcere agli interpreti, cioè la l. 21 D. de reb. cred. 12, 1 di GIULIANO, così concepito: «Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi; sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, quum ad officium eius pertineat lites deminuere». Alcuni hanno inteso si alluda qui solo ad un amichevole consiglio che il pretore doveva dare,

(1) Su di che veggasi il citato mio studio sulla *Dazione in pagamento*, Vol. I, pag. 56 e segg.

altri al caso in cui soltanto in parte sia riconosciuto il debito dal debitore, nel qual caso il creditore debba ricevere intanto la parte non controversa e pel rimanente agire se crede: così p. es. il WINDSCHEID, che soggiunge però col MOMMSEN doversi anche qui far eccezione all'eccezione se il creditore provi che è contro il suo interesse il ricevere la prestazione parziale (1). Presso di noi la sola eccezione alla massima sancita dall'Art. 1246 la si riscontra in materia cambiaria, disponendo l'Art. 292 del Codice di commercio che «il possessore della cambiale non può rifiutare un pagamento parziale, quantunque la cambiale sia stata accettata per l'intiera somma (ma per conservare l'azione di regresso per la somma non pagata deve accertare la mancanza parziale di pagamento)». Disposizione poco plausibile, a mio giudizio, e che sollevò assai viva discussione nei lavori preparatorî del Codice commerciale: essa mira a liberare quant'è più possibile gli obbligati in via di regresso.

Il FERRINI reputa opportuno discorrere qui del caso in cui il creditore sia costretto ad accontentarsi di ricevere meno di quanto gli è dovuto, in cui insomma l'obbligazione si ha per adempiuta benchè non sia stato prestato tutto quello che ne formava il contenuto (2), il che segue da noi in materia di fallimento per effetto di concordato. Ma io credo più a proposito l'occuparsi di ciò ove si tratta delle cause di estinzione delle obbligazioni, anche se al FERRINI si conceda che non vi si possa ravvisare una rimessione di debito perchè può avvenire contro la volontà del creditore. Infatti la massima espressa nell'Art. 1246, come risulta dalle parole finali *«di un debito ancorchè divisibile»* allude non tanto al divieto di dare, con pretesa di liberarsi, meno di ciò che si deve, quanto piuttosto al divieto di paga-

---

(1) WINDSCHEID, *Pandekten*, II § 342, testo e nota 20, pag. 390-91 (8ª. ed.). Invece il SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I (Berlin, Veit 1851), pag. 322-323, richiamandosi puramente e semplicemente al citato frammento, riconosce il diritto del debitore di effettuare pagamenti parziali.

(2) FERRINI v° *Obbligazione* in *Enciclop. giuridica it.*, Vol. XII, parte I, n. 422, pag. 592. Ma non mi pare che il FERRINI abbia ragione di citare come seguace di questo sistema di trattazione il VANGEROW. Cfr. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III (7e Aufl., Marburg Elwert 1879), *Anm.* 2 pag. 171.

menti rateali. Per lo stesso motivo non possiamo ravvisare un corollario dell'Art. 1246 nell'Art. 1250, per cui le spese del pagamento sono a carico del debitore. Esso deriva dal principio che il creditore non abbia per nulla falcidiato il suo credito.

59. Finalmente, in omaggio alla massima che la prestazione dovuta ha da essere esattamente e integralmente adempiuta, è scomparso presso di noi ogni caso di quel particolare beneficio che il Diritto romano accordava a taluni debitori, e che la scuola chiamò *beneficium competentiae*, o *deducto ne egeat*, o dello stretto necessario. Vi erano cioè per Diritto romano dei casi nei quali il debitore non poteva essere condannato ad eseguire l'obbligazione se non in quanto potesse soddisfarla senza privarsi del necessario al proprio sostentamento (*condemnatio in id quod facere potest* (1)). Spettava p. es. tal favore ai soldati, ai genitori verso i figli, ai patroni verso i liberti, ai fratelli e sorelle fra loro, e così pure reciprocamente fra coniugi o fra soci, per tacer di altri casi. Nulla di ciò in oggi. Sia pur debitore il padre verso un proprio figlio, lo si condannerà ad adempiere integralmente il debito, anche se per ciò rimanga affatto sprovvisto di mezzi. Vero benissimo che quel figlio potrà trovarsi poi costretto a somministrargli gli alimenti *ope legis* (Art. 139), ma intanto può essere che quest'obbligo non incomba a lui solo, bensì vada ripartito con altri figli, se sono più e tutti in grado di assistere il genitore, e poi altro è l'obbligazione di somministrare gli alimenti *iure sanguinis*, la quale giusta l'Art. 145 si adempie o mediante una pensione alimentaria ovvero col ricevere e mantenere nella propria casa l'alimentando, ed altro il dover subire un difalco nel proprio credito, sì da lasciare in mano al debitore quanto occorra perchè egli possa provvedere al proprio sostentamento.

Per motivi pietosi ed altamente plausibili le moderne legislazioni, e fra queste la nostra, sottraggono pure taluni beni del debitore all'azione esecutiva dei suoi creditori o ve li sottopongono sotto certe limitazioni. Veggansi ad es. gli Art. 585,

---

(1) L. 173 pr. D. de reg. iur. 50, 17 di Paolo.

586 del nostro Codice di procedura civile. Ed è anzi notevole e, a mio giudizio, assai provvida una certa tendenza che si manifesta ad allargare anche a beni immobili, entro una data misura, siffatto esonero dall'esecuzione, trapiantando fra noi istituzioni, come i cosidetti beni di famiglia, in altri paesi già attuate (1). Ma questi casi non sono da confondere col vero e proprio *beneficium competentiae*: per effetto di questo veniva ridotto nella condanna l'importo stesso del debito, mentre invece nei predetti casi si tratta del modo di realizzare nelle vie esecutive una ragione di credito riconosciuta nella sua intierezza (2).

60. Se si tratta di un'obbligazione di dare perchè possa dirsene esatto l'adempimento occorre si osservi la norma dell'Art. 1219, per cui quest'obbligazione « include quella di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna ». Questa poi non si considera completa, nè quindi esatto l'adempimento dell'obbligazione, se non si danno in uno alla cosa i suoi accessorî necessarî (Art. 876, 1471). Quanto poi all'obbligo di conservare la cosa che si dovrà consegnare, esso è riferibile evidentemente al caso di obbligazione di dare cosa determinata nell'individuo e non soltanto nel genere o nella specie che dir si voglia. In relazione a quest'ultima ipotesi merita invece sin d'ora di essere segnalato un principio posto dal Codice sotto il Titolo del pagamento, cioè all'Art. 1248, per cui, trattandosi di simile obbligazione generica, il debitore non è tenuto a dare cosa della miglior qualità, ma non può nemmeno darla della peggiore. Massima questa che vale anche in tema di legati, dichiarando l'Art. 870: « Nel legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie, la scelta è dell'erede, il quale non è obbligato di dare l'ottima, nè può offrirla d'infima qualità ». Il Diritto

---

(1) Veggasi il disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 28 aprile 1910 dal Ministro LUZZATTI e sovr'esso le relazioni ARTOM-MOSCA (Atti parlamentari, Camera dei Dep., Legislat. XXIII, Documenti, n. 449 e 449 A).

(2) Cfr. STAMMLER, *op. cit.*, § 5 pag. 24-26.

romano invece distingueva, aveva cioè la stessa norma per i legati (1), mentre invece permetteva, trattandosi di convenzione, che il debitore desse cosa d'infima qualità appartenente a quel dato genere (2).

Trattisi poi di cosa determinata nel genere o nell'individuo, se espressamente o tacitamente siasi convenuto che debba possedere date qualità, è ovvio che non si avrà esatto adempimento dell'obbligazione se la cosa data non possieda realmente le qualità predette. Se poi il difetto delle qualità pattuite o tacitamente presupposte sia da agguagliarsi al caso di vizi o difetti della cosa dovuta, all'effetto di applicarvi, nella vendita, le norme delle azioni edilizie (Art. 1498 e segg. Cod. civ. Art. 70, 71 Cod. comm.) e se e quale particolare efficacia abbia una eventuale clausola di garenzia delle promesse qualità, è questione da riservarsi ad altra sede (3).

61. Finalmente vien fatto di domandare se, perchè l'obbligazione possa dirsi esattamente adempiuta, debba la prestazione effettuarsi dal debitore stesso, o se il creditore sia costretto invece a tollerare ch'essa sia eseguita da altri in sua vece. Rispondiamo che solo quando trattisi di prestazioni relativamente alle quali siansi avute di mira, nel costituire l'obbligazione, le qualità personali dell'obbligato (l'attività e la capacità sua), occorrerà ch'egli direttamente le effettui. In

---

(1) l. 110 D. de legat. 1 (XXX) di AFRICANO.

(2) l. 32 i. f. D. de cond. indeb. 12, 6 di GIULIANO, ma specialmente l. 52 D. mand. vel contra 17, 1 di GIAVOLENO.

(3) Non dimentico dell'originario intento didattico dell'opera presente, acciò possa qualche studente far oggetto di tesi di laurea qualcuno di questi temi controversi che mi viene fatto di quando in quando di accennare e rinviare, indico sin d'ora anche qui, come ho fatto in precedenza, taluni lavori da consultarsi. E tacendo dei più volte menzionati trattati generali, ricordo FUBINI, *La teoria dei vizi redibitorii* (Torino, Bocca 1906) n. 106-108, pag. 168-173 e n. 203, 204, pag. 321-330. MONTESSORI, *La garanzia del venditore pei vizi della cosa e la denunzia dei difetti della merce nella compravendita commerciale.* (Milano, Valiardi) specialmente al n. 11, pag. 54-61 e ai n. 31 e segg., pag. 145 e segg., ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali* (Roma, Atheneum 1912), n. 3 e segg., pag. 5 e segg.

altre parole la prestazione deve farsi dal debitore e non da altri per lui quando trattisi di *obligatio faciendi* avente per oggetto la prestazione di quelle opere che altra volta ho chiamate non fungibili (v. s. n. 35, pag. 187). Dice infatti l'Art. 1239: « L'obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempita dal debitore medesimo ». Oltre all'esempio altra volta recato del quadro commesso ad un artista di vaglia, può qui invocarsi il disposto dell'Art. 339 della Legge 20 Marzo 1865, n. 2248 All. F sulle opere pubbliche, che vieta all'appaltatore di opere pubbliche di cedere o subappaltare in tutto o in parte l'opera assunta, senza l'approvazione dell'autorità competente, sotto comminatoria dell'immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento. E a questo proposito avverto che possono concorrere ragioni di buona legislazione sociale a far sì che la qualità delle persone diventi elemento di infungibilità pur trattandosi di prestazioni per se stesse fungibili. Così ognun sa di quante agevolezze siano circondati gli appalti di lavori pubblici a società cooperative di produzione e lavoro (Legge 11 Luglio 1889, n. 6216 e Legge 12 Maggio 1904, n. 178, Legge 19 Aprile 1906, n. 126 e Legge 25 Giugno 1909 n. 422, relativa a consorzî di siffatte cooperative). Ma la ragione di coteste agevolezze verrebbe a mancare se le cooperative assuntrici, facendo esse quella speculazione impresaria che si tratta di tagliar fuori con l'organizzazione cooperativa, non compissero direttamente il lavoro assunto e di regola senza valersi di mano d'opera estranea alla società. Di qui non solo il divieto fatto ad esse, sotto gravi sanzioni, di cedere, subappaltare o dare a cottimo in tutto o in parte i lavori, forniture o servizî assunti, ma altresì il principio che solo eccezionalmente sia consentito (con clausola *ad hoc*) il valersi di operai ausiliari estranei alla cooperativa assuntrice(1).

---

(1) Il primo degli accennati principî è sancito dall'Art. 23 del Regolamento 17 Marzo 1907, n. 146 per l'esecuzione delle leggi citate del 1904 e del 1906:

Ma all'infuori di questi casi in cui la natura della prestazione è tale, che al creditore interessa di vederla adempiuta da quel tale e non da altri (1), se non c'è patto esplicito in contrario, varrà l'opposta regola, potersi cioè l'obbligazione validamente soddisfare anche da un terzo. Ecco ciò che stabilisce in proposito l'Art. 1238: « Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore ». E fin qui si capisce sia l'interesse di questo terzo ad estinguere egli l'obbligazione, sia la necessità pel creditore di ricevere da lui la prestazione. Ed agli esempi ivi recati dal Codice quello suolsi giustamente aggiungere del terzo possessore dell' immobile ipotecato, il quale, col pagare il debito iscritto, si salva dall'obbligo, che altrimenti gli incomberebbe, di lasciare libero il corso all'azione ipotecaria del creditore sull' immobile o di rilasciarglielo (Art. 2013). Ma poi il capoverso continua: « Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, e, ove agisca in nome proprio, non venga a sottentrare nei diritti del creditore». Dunque anche persona non interessata per nulla al rapporto obbligatorio può andar a pagare il creditore, sia che lo faccia in nome e per la liberazione del debitore, come sarebbe il caso di un *negotiorum gestor*, sia che lo faccia in nome proprio. E la ragione di ciò è evidente. L'interesse del credi-

---

il secondo dall'Art. 24 dello stesso Regolamento, che suona: « quando concorrano eccezionali circostanze potrà consentirsi nel contratto d'appalto che le Società cooperative di produzione e lavoro costituite fra operai si valgano del lavoro d'operai ausiliari, in numero non eccedente quello dei soci impiegati nel lavoro stesso. Questo numero potrà essere oltrepassato solo se si tratti di lavori d'urgenza riconosciuta e purchè, a partecipare agli stessi, vengano chiamati come ausiliari operai appartenenti ad altre cooperative ammesse a concorrere agli appalti di opere pubbliche ».

(1) Il decidere se l'obbligazione *per se stessa* importi o no codesta infungibilità, non è sempre cosa facile. Basti ricordare ad esempio il molto discutere che si fa a questo riguardo circa il contratto di edizione. Cfr. De Gregorio, *Il contratto di edizione* (Roma, Athenaeum 1913), n. 104-106, pag. 313-325.

tore, trattandosi per ipotesi di prestazioni in cui non si ha riguardo alle qualità personali dell'obbligato, è limitato ad ottenere la prestazione cui ha diritto, chiunque la eseguisca (1), e quanto poi al debitore, non può egli fare opposizione al pagamento che il creditore accetterebbe dal terzo se non fa l'offerta reale, dimostrandosi pronto a pagar egli come ne ha obbligo; simile opposizione non farebbe che danneggiare il creditore, mentre d'altra parte il debitore non ha peggiorata la propria condizione, o almeno non così che la legge debba usargli riguardo a scapito del creditore, se ora si troverà eventualmente obbligato, anzichè verso di lui, verso il terzo che ha pagato, sia pure che questi sottentri nei diritti del creditore per surrogazione convenzionale (2).

Le ultime parole dell'Art. 1238 capov. sono alquanto enigmatiche, ed è deplorevole che il nostro legislatore le abbia trascritte tali e quali dall'Art. 1236 del *Codice francese*, senza darsi pensiero delle censure che avevano sollevate nella dottrina d'oltr'alpe. Parrebbe, leggendo quelle parole, che fosse assolutamente vietata la surrogazione del terzo, che paga in nome proprio, nei diritti del creditore, anche se il creditore sarebbe disposto ad accordargli tale surrogazione. Ora ciò ripugna alla ragione giuridica, contraddice a quanto fu esposto nei lavori preparatorî del Codice francese intorno al citato articolo, ma sovrattutto vi si ribella il principio consacrato dall'Art. 1252 n. 1 (1250, n. 1 del Codice francese). Questo articolo in termini generali stabilisce lecita la surrogazione

---

(1) CHIRONI, *Istituzioni*, II, § 295, pag. 87 (2ª ediz.).

(2) GIORGI, *op. cit.*, Vol. VII (7ª ediz.), n. 122, pag. 150. Col GIORGI pure (n. 124, pag. 153-154) concordo nell'ammettere che non potrebbe il terzo effettuare il pagamento se e creditore e debitore vi si oppongano: diventerebbe allora una indebita ingerenza negli affari altrui. E vi sono legislazioni che espressamente lo hanno statuito. Così per es. si legge nel *Landrecht prussiano* I, 16, § 51: « Wenn aber beide, der Gläubiger und Schuldner, der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieseble dem Ersten nicht aufgedrängt werden ». E nel § 267 capov. del *Codice germanico*: « Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht ».

convenzionale, avente luogo allorquando « il creditore, ricevendo il pagamento da una terza persona, la surroga nei diritti, nelle azioni, ne' privilegi o nelle ipoteche ch'esso ha contro il debitore », surrogazione che dev'essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento. Dunque non è vero che il terzo che paga in proprio nome un debito altrui non possa assolutamente ottenere la surrogazione nei diritti del creditore, pur consentendo il creditore stesso; è vero solo ch'egli non la può esigere, che questa surrogazione cioè non può essere che convenzionale. Ed appunto questo e non altro sostengono molti sia il significato dell'inciso in questione (1), appoggiandosi alle parole del JAUBERT, relatore al Tribunato (2). Secondo altri, che invocano le parole del BIGOT - PRÉAMENEU, oratore del Governo (3), il legislatore coll'inciso finale dell'Art. 1236 del Codice francese (1238 del nostro) mirò solo a dichiarare che, se per avventura il terzo si faccia surrogare dal creditore nei suoi diritti, di vero pagamento, che è *modo di estinzione* del vincolo obbligatorio, più non è il caso di parlare, perchè avviene piuttosto il *passaggio* della ragione di credito da una persona all'altra (4). Ma, a parte la natura teorica di simile dichiarazione, onde mal a proposito e senza scopo la si sarebbe inserita nel Codice, che non ha da essere un trattato dottrinale, c'è anche da dubitare se essa corrisponderebbe

---

(1) Così p. es. il LAURENT, *op. cit.*, XVII, n. 487, pag. 478-479.

(2) « Quoique le tiers qui offre le paiement n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra non plus refuser de recevoir, puisqu'en dernière analyse le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé, mais dans ce cas le tiers ne peut forcer le créancier à le mettre à son lieu et place pour les privilèges, les hypotèques et la contrainte par corps etc. » FENET, XIII, pag. 341-342.

(3) « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation ». FENET, XIII, pag. 264-265.

(4) Così per es. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, T. IV sull'Art. 1236, n. 8, pag. 72-73 e sull'Art. 1254 n. 4, pag. 197, e fra i nostri, CHIRONI, *Istituzioni*, II, § 295, pag. 55 della 1ª, pag. 87 della 2ª edizione.

veramente alla costruzione giuridica del pagamento con surrogazione del terzo agente in nome proprio, inquanto gli si vorrebbe negare la qualifica di vero pagamento per considerarlo piuttosto quale cessione (1). Concludendo, le ultime parole del citato articolo direbbero cosa non vera, se, come risulterebbe dalla interpretazione letterale, venissero intese quale divieto di surrogazione, rappresentano un concetto giusto, ma espresso assai male, se negano il diritto del terzo a pretenderla (cosa che oltre a tutto risultava dall'Art. 1252 n. 1, che dice la surrogazione essere allora possibile soltanto come surrogazione convenzionale), rappresentano una superfluità, seppure non racchiudono un concetto giuridico inesatto, qualora stiano ad indicare che, ove convenzionalmente la surrogazione avvenga, non è più il caso di parlare di vero e proprio pagamento.

Alla regola che la surrogazione del terzo interessato che paga nei diritti del creditore non possa essere che convenzionale si fa eccezione in materia cambiaria, essendo ammessa la surrogazione legale a favore di quel qualunque terzo che si presenti a pagare la cambiale non pagata da chi vi sarebbe obbligato e non voluta soddisfare nemmeno da chi sia semplicemente indicato al bisogno, nel qual caso si parla di pagamento per intervento (Art. 300 e 301 Cod. comm.).

Tornando alla materia civile e al caso del terzo che paghi in nome proprio il debito altrui senza ottenere dal creditore la surrogazione convenzionale, non sarà il caso di parlare di azione alcuna ch'egli abbia verso il debitore per cui pagò, se lo fece *animo donandi*. Ma ove quest'animo sia escluso, avrà azione e di che natura? Sarà un'azione *negotiorum gestorum* o *de in rem verso*, basata sul principio che nessuno deve locupletarsi *cum alterius iactura et iniuria?* In particolare continuerà egli ad avere, sotto l'una o sotto l'altra forma, un

---

(1) Cfr. Laurent, *loc. cit.*, pag. 479. Mi scosto ora dunque da quanto ebbi a scrivere nelle citate mie *Note ed Appunti sulle Istituzioni del Chironi* in *Rivista ital. per le sc. giur.* pag. 52, chè allora io aderiva all' illustre collega.

qualche diritto di rimborso se pagò *prohibente debitore?* Ecco delle questioni variamente risolute nella dottrina e nella giurisprudenza. Ma ne rinviamo la trattazione a quando ci occuperemo del quasi contratto della gestione di affari altrui, e specialmente della validità della *negotiorum gestio prohibente domino* (1).

SEZIONE II.

Luogo della prestazione.

SOMMARIO: 62. Importanza del luogo di pagamento. — 63. La regola dell'Art. 1249. — 64. Eccezioni relative al deposito, al mutuo, alla compravendita ed alle cambiali. — 65. Necessità di distinguere il luogo di pagamento dalla competenza territoriale.

62. Non potrá dirsi esatto l'adempimento dell'obbligazione se la prestazione non si effettui nel luogo debito: è troppo evidente, perchè meriti di soffermarcisi, l'interesse che le parti possono avere a che l'obbligazione si eseguisca in uno piuttostochè in altro luogo. Molto a proposito dunque ULPIANO nella l. 2 § 2 D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4 parla di una *utilitas loci*. E la legge giustamente ne ha tenuto calcolo, fra altro, in tema di compensazione di debiti, precisamente all'Art. 1292, che, ispirandosi alla l. 15 D. de compensationibus 16, 2 di GIAVOLENO, stabilisce: « Quando i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione se non computate le spese di trasporto al luogo del pagamento ». Non fa ostacolo dunque alla compensazione l'essere i due crediti che stanno di fronte esigibili in luoghi diversi, anzi anche allora la compensazione avverrà, com'è regola, *ope legis*, ma tuttavia si tien calcolo dell'interesse che aveva colui al quale la compensazione è opposta di essere pagato nel debito luogo e ciò appunto si ottiene computando le spese del trasporto del danaro, o di quel-

(1) Fin d'ora tuttavia ricordo in argomento (per tacere delle monografie sulla gestione d'affari in generale, come quelle del COGLIOLO e del PACCHIONI) una bella nota dello SCIALOJA a proposito di una Sentenza del 21 Novembre 1888 della Cassazione di Roma, in *Foro italiano*, XIV (1889), p. I, col. 941 e segg.

l'altra cosa fungibile formante oggetto della prestazione, al luogo del pagamento, spese che stanno a carico, lo sappiamo, del debitore giusta l'Art. 1250. Di altrettanto dunque è defalcato il credito che si oppone in compensazione. Supposto poi che ambedue le parti dovessero effettuare il rispettivo pagamento in luogo tale da dover ciascuna sopportare per questo delle spese di trasporto, è da tutti ammesso, benchè la lettera della legge non contempli il caso, che ciascuno debba detrarre dal proprio credito quanto gli sarebbe costato l'adempiere il proprio debito nel luogo fissato, che è quanto dire che « colui che sarebbe più gravato dal corso del cambio, fatto il conguaglio, ha in proporzione minor credito » (1).

63. Ora si domanda dove stiano le norme sul luogo ove l'obbligazione deve adempiersi. Fondamentale in argomento è l'Art. 1249, posto sotto la Sezione del pagamento. Esso ha il solo torto di non aver usate nel primo comma espressioni abbastanza generali, tali cioè da comprendere le obbligazioni tutte, da qualunque fonte derivino, chè vi si parla solo di contratti. Avremo cura pertanto di generalizzare noi le norme ivi contenute. Intorno a quell'articolo poi vogliono esserne aggruppati altri qua e là dispersi nel Codice, e particolarmente gli Art. 1468, 1508 relativi al contratto di compravendita, 1858, 1859 relativi al deposito, 1828, relativo al mutuo. Esaminiamo il contenuto di siffatte norme, partendo dall'Art. 1249, che contiene la regola.

Il luogo di pagamento può essere espressamente indicato dal titolo costitutivo dell'obbligazione ed allora non c'è questione: ivi e non altrove la si dovrà adempiere. E se furono determinati in via alternativa più luoghi, si argomenterà dall'Art. 1178: la scelta cioè apparterrà al debitore se non è stata espressamente concessa al creditore (2). Ma la determi-

---

(1) BORSARI, cit. *Comment.*, Vol. III, Parte II, sull'Art. 1292, § 3252, pag. 755.

(2) Cfr. DINA, nota a sentenza 14 Luglio 1904 della Corte d'appello di Milano (causa Bernasconi-Compagnia di assic. L'Urbaine) in *Riv. del Dir. commerciale*, Vol. II (1904), parte II, pag. 439-442.

nazione del luogo può, anzichè in forma espressa, risultare tacitamente dalle circostanze o dalla natura della prestazione. Così se uno si è impegnato a lavorare come operaio presso un'officina, è in questa e non altrove che deve prestare l'opera sua; così se l'obbligazione derivi da fatto illecito, in quanto sia possibile il ripristino delle cose nello stato in cui erano prima del danno recato, esso determinerà necessariamente e implicitamente il luogo ove ciò deve farsi (1). Ancora per interpretazione della presumibile volontà delle parti il Codice stabilisce che, non essendo fissato il luogo e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento debba farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto. Del che è applicazione pura e semplice l'Art. 1468 relativo alla vendita, che suona: « La tradizione si deve fare nel luogo in cui la cosa si trovava al momento della vendita, quando non si è diversamente pattuito ». Ma ciò varrà anche se si tratti di un titolo diverso dal contratto, p. es. di un testamento: il legato di una cosa certa e determinata dovrà cioè dall'erede (che ne è l'ordinario debitore) prestarsi nel luogo ove la cosa era al tempo dell'aperta successione (2). Ma se finalmente nè in forma espressa, nè tacitamente per la natura del negozio giuridico o delle circostanze, risulti fissato il luogo, vale la regola posta nel capov. dell'Art. 1249, che il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, con la quale espressione in generale è ammesso che il Codide alluda al domicilio attuale, del momento cioè in cui l'obbligazione scade, non a quello, eventualmente diverso, che il debitore aveva quando l'obbligazione è sorta. (Ma *de iure ferendo* proporrei si adottasse l'opposta massima, la quale è dichiarata dal *Codice germanico* (3)). Col preferire il domicilio del debitore si è vo-

(1) CROME, *op. cit.*, § 13, pag. 129 (pag. 133 della traduz. italiana).

(2) Cfr. LOSANA, *op. cit.*, pag. 407.

(3) § 269, 1° comma: « Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung *an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte* ».

luto rendere omaggio al principio consacrato dall'Art. 1137 sull'intepretazione dei contratti, secondo cui ogni dubbio o indeterminatezza deve risolversi nel senso più favorevole al debitore. Più d'una legislazione (*Codice sassone*, § 707, *Codice svizzero delle obbligazioni*, Art. 74, corrispondente all'Art. 84 della redazione anteriore) dà invece la preferenza al domicilio del creditore, trattandosi di debiti pecuniarî (il *Codice sassone* soggiungendo che sia il domicilio che il creditore aveva quando sorse l'obbligazione, il *Codice svizzero* invece che sia di regola quello dell'epoca della scadenza (1)).

La nostra norma, attesa la sua generalità, dovrebbe applicarsi anche alle obbligazioni nascenti da delitti o da quasi delitti, quando, non avvenendo o non essendo possibile il ripristino delle cose nello *statu quo ante*, vi si surroga l'obbligo del risarcimento a danaro. Anche questo, a stretto rigore, è un debito, il cui soddisfacimento vuol farsi al domicilio del debitore. Ma era certo preferibile il *Codice sassone*, che al § 708 disponeva: « Per i crediti originati da fatti illeciti vale, salvo che la natura della prestazione importi altrimenti, come luogo di adempimento il domicilio del danneggiato (dunque del creditore) al tempo dell'adempimento stesso ».

64. Un'eccezione alla regola che stiamo commentando è data dall'Art. 1859 in tema di deposito. Mentre se nel contratto di deposito è indicato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi, bensì a spese del deponente cui il contratto profitta, la cosa depositata (Art. 1858), l'Art. 1859 vuole che, ove manchi nel contratto questa indicazione, la cosa si restituisca là dove si trova, non dunque,

---

(1) Di regola, abbiamo detto, chè infatti il capoverso finale dell'Art. 74 (Art. 85 della redazione del 1881) soggiunge « quando l'obbligazione dev'essere adempiuta al domicilio del creditore e questi ne abbia reso molto più gravoso l'adempimento per aver cambiato il suo domicilio dopo la nascita dell'obbligazione, il debitore ha diritto di adempierla al domicilio primitivo del creditore ». Ma in qual maniera? si domanda il ROSSEL, *op.* e *vol. cit.*, pag. 113. E risponde: « En consignant selon l'Art. 92 » il quale Art. 92 regola il deposito della cosa dovuta in caso di mora del creditore.

come importerebbe il capov. dell'Art. 1249, al domicilio del depositario (debitore). Dovrebb'egli altrimenti, pur trattandosi di un gratuito servizio che presta, avere la noia e il disturbo di trasportare la cosa di là al domicilio suo proprio, e ciò ha voluto appunto risparmiargli il Codice, dato il silenzio del contratto circa il luogo della restituzione (1).

E *quid iuris* in tema di mutuo? Anche qui abbiamo una regola speciale, che si desume dall'Art. 1828. In passato i Dottori erano divisi. Il VOET riteneva doversi, nel silenzio del contratto, effettuare la restituzione nel luogo ov'era stato fatto il mutuo (2), il POTHIER teneva questo avviso pel mutuo di derrate, ma opinava doversi fare la restituzione al domicilio del mutuatario (debitore) trattandosi di mutuo di danaro (3). Il nostro Codice non contempla direttamente il luogo del pagamento nel mutuo, ma nel valutare i dati di tempo e di luogo onde fare il calcolo di quanto il mutuatario inadempiente deve al mutuante, dice che, se non fu determinato il luogo, si abbia riguardo al valore corrente nel luogo dove fu fatto il prestito (Art. 1828). Ora perchè ciò se non pel motivo che quello avrebbe dovuto essere il luogo del pagamento? Necessariamente dunque si deve concludere essersi in modo implicito adottata l'opinione del VOET. E dinanzi a questa deduzione necessaria dall'Art. 1828 a cui corrisponde in questa parte il 1903 Cod. fr., non regge, per quanto razionalmente plausibile, l'assunto del TROPLONG, che ritiene debba farsi nel luogo del prestito la restituzione delle derrate e quanto al mutuo in

---

(1) Cfr. MIRABELLI, cit. *Contratti speciali*, in FIORE, *Il Diritto civ. italiano*, Parte XII, Vol. VI, *Del Deposito*, n. 17, pag. 278-279, che dà lode al legislatore italiano per avere in questo senso risoluta la questione che si agita in proposito fra i commentatori del Codice francese, e ciò attenendosi agli insegnamenti del FABRO.

(2) JOH. VOET, *Comment. ad Pandectas*, Lib. XII, Tit. I, Cap. XIX nel Vol. II (Venetiis, Naratovich 1847), pag. 459.

(3) POTHIER, *Du prêt de consomption*, n. 43-46 (*Oeuvres*, T. III), pag. 40-41.

danaro al domicilio del debitore se il mutuo è feneratizio, e invece al luogo del prestito, se gratuito (1).

Quando si tratti di contratto bilaterale l'obbligazione di ogni singolo contraente segue di regola le proprie norme quanto al luogo di adempimento, eventualmente dunque diverso da quello in cui la controprestazione dovrà effettuarsi (2). Ma un'eccezione, espressamente richiamata all'Art. 1249 cap., si fa in materia di vendita, disponendo l'Art. 1508 che, quando nel contratto non si è stabilito nulla in proposito, il compratore debba pagare il prezzo nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la consegna della cosa venduta. Supponiamo venduta una cosa certa e determinata nell'individuo. Sappiamo che allora la consegna si fa nel luogo ove la cosa si trova, e non al domicilio del venditore, che è il debitore della cosa. Se dovessimo applicare il principio che ciascuna delle obbligazioni originate dal contratto bilaterale segue le sue proprie norme, dovremmo dire che invece il pagamento del prezzo, nel silenzio del contratto, si effettuerà al domicilio del compratore, che ne è il debitore. Invece pel citato Art. 1508 lo si dovrà fare là dove la merce si consegna. Ma da molti è ritenuta valida questa norma dell'Art. 1508 solo per la vendita a pronti non per la vendita a credito, rispetto alla quale rivivrebbe il principio dell'Art. 1249 capov. (3).

Va finalmente ricordata la norma speciale dell'Art. 253

---

(1) TROPLONG, *Du prêt* (Bruxelles, Méline-Cans 1845), n. 275-280, pag. 176-177. La distinzione fra prestito gratuito ed oneroso è pur fatta da altri, p. es. dal GUILLOUARD, *Traités du prêt, du dépôt etc.* (Paris, Durand 1892), *Du contrat de prêt*, n. 94, pag. 108. Conforme alle conclusioni da me adottate veggasi, fra altri, MATTEI, *Il Codice civile ital.* ecc., Vol. VI (Venezia, Naratovich 1874), sull'Art. 1828, n. 4, pag. 36-37.

(2) CROME, *op. cit.*, § 13, pag. 129.

(3) Così CROME, *loc. cit.*, e fra noi CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta* in FIORE, *Il Diritto civ. it.*, Parte XII, Vol. II (Napoli, Marghieri 1891), pag. 311, GIORGI, *op. cit.*, Vol. VII, n. 62, pag. 80, testo e nota 6, oltre agli autori e sentenze ivi citati. *Contra* RICCI, cit. *Corso teor. prat. di Dir. civile*, Vol. VII, n. 200, pag. 374-376 (della 2ª ediz.).

del Codice di commercio, relativo alle cambiali. Nel silenzio della cambiale è luogo di pagamento nelle *tratte* la residenza indicata accanto al nome del trattario, nei *pagherò* il luogo di emissione.

65. Chiudo quanto riguarda il luogo dell'adempimento coll'osservare ch'esso non forma necessariamente un tutt'uno col luogo ove ha da essere citato a comparire il debitore per la condanna. Sono due cose distinte, quantunque in taluni casi, che indicherò tosto, possano coincidere. La regola di competenza territoriale è *actor sequitur forum rei*, e la sancisce l'Art. 90 C. p. c., inquanto trattisi di azione personale o di azione reale su beni mobili, volendosi allora che il convenuto si citi davanti all'autorità giudiziaria del luogo di suo domicilio o residenza, o, se non abbia domicilio o residenza noti, della dimora. Tizio, p. es., che sta a Padova, deve restituirmi a Milano un oggetto ch'io ho presso di lui depositato. Se ne rifiuti la consegna, io non lo citerò dinanzi all'autorità giudiziaria di Milano, ma davanti a quella di Padova, perch'essa pronunzi poi, che s'intende, l'obbligo di lui di eseguire la restituzione a Milano. Solo nel caso che il convenuto sia *ivi* citato in persona propria, potrebbero simili azioni proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove l'obbligazione deve eseguirsi. Io p. es. colgo l'occasione che Tizio, depositario, si trova per un po' di tempo a Milano, e lo cito là, perchè là deve adempiersi l'obbligazione sua; lo potrò purchè gli sia ivi notificata la citazione in persona propria; resterei però sempre libero di citarlo invece a Padova, luogo di suo domicilio. Se si tratti poi di materia commerciale, questa facoltà del creditore di citare a piacimento il debitore o davanti l'autorità del luogo di suo domicilio o residenza o dimora, o invece davanti quella del luogo ove l'obbligazione ha da essere eseguita, è assoluta, cioè si applica anche se esso debitore non sia ivi citato in persona propria. Tanto dispone l'Art. 91 C. p. c.

SEZIONE III.

Tempo della prestazione.

SOMMARIO: Importanza del termine, e donde il termine possa risultare. — 67. Del *termine primordiale*: quando debba eseguirsi l'obbligazione *sine die*. 68. Del termine rimesso alla volontà del debitore (*cùm voluerit*) e del termine *cum potuerit*. — 69. Esclusione dei termini di grazia. Come si concilii con questo principio la norma dell'Art. 1165. — 70. Principi fondamentali sugli effetti del termine primordiale: I) Non sospende l'obbligazione. — 71. II) Il termine si presume iu favore del debitore. Critica dell'Art. 1175. — 72. Il termine nel mutuo feneratizio. — 73. Pagamento anticipato: Art. 1174. *Quid* dell'*interusurium*. — 73 *bis*. Casi di prestazioni solo in apparenza anticipata. — 74. Casi in cui il debitore perde il beneficio del termine: I) Insolvenza: questioni sull'applicabilità di questa causa di decadenza dal termine in materia commerciale. — 74 *bis*. II) Mancata prestazione di cautele. — III) Diminuzione delle cautele prestate. — 74 *ter*. Carattere giuridico della decadenza. Se per l'anticipata esazione si faccia luogo allo sconto. — 75. Provvedimenti cautelari e sospensione di prescrizione in pendenza del termine primordiale. Del *termine finale*. Rinvio.

66. È di tutta evidenza quanto importi che la prestazione si adempia nel tempo debito. « Minus solvit qui tardius solvit », dice ULPIANO nella l. 12, § 1 D. de verb. signif. 50, 16, e però viceversa « qui praemature petit plus petere videtur », come dichiara il § 33 Inst. de act. 4, 6. Donde la conseguenza che il termine pendente sia di assoluto ostacolo a che possa un'obbligazione essere opposta in compensazione ad altra obbligazione già scaduta (salvochè si tratti di un termine apposto nel solo interesse del creditore, e salvo altresì (Art. 1288) il caso di un termine gratuitamente prorogato). Se tanta è l'importanza del termine, anche maggiore dunque di quella del luogo per ciò che si riferisce alla compensazione, occorre vedere com'esso risulti determinato.

Noi già ne parlammo come di una modalità che può trovarsi espressamente apposta nel titolo costitutivo dell'obbligazione. Ma il termine può anche essere stabilito dalla legge. Così l'Art. 1410, che altra volta ho avuto occasione di ricordare, dispone che, sciolto il matrimonio, la restituzione della dote non possa domandarsi che un anno dopo lo scioglimento

se la dote consiste in una somma di danaro o in mobili stimati nel contratto senza che siasi dichiarato che la stima non ne trasferiva la proprietà al marito. Così pure molti esempi di termini fissati, interpretando la presumibile volontà delle parti, dalla legge direttamente o per i quali la legge si richiama alle consuetudini locali, li abbiamo in materia di locazione di cose e di colonía. Si consultino in proposito gli Art. 1607, 1608, 1622, 1664 (1).

Finalmente il termine può essere sottinteso o tacito, e precisamente reso necessario, per usare le espressioni dell'Art. 1173, o dalla qualità dell'obbligazione, come se si trattasse di costruire una casa o di consegnare il futuro raccolto di un fondo, o dal modo con cui l'obbligazione dev'essere eseguita, o dal luogo fissato per l'esecuzione, come se io, che sto per recarmi a Roma, promettessi a Tizio che pagherò ivi per lui una somma a Caio. In tutti questi casi l'obbligazione *ex re ipsa dilationem capit* (2), e, nel disaccordo delle parti, la misura di questo termine verrà stabilita dall'autorità giudiziaria (Art. 1173).

Altre volte il termine non è espresso nel titolo costitutivo dell'obbligazione, ma implicitamente risulta dallo scopo a cui il negozio giuridico è normalmente diretto. Di ciò troviamo applicazione nel comodato, definito dall'Art. 1805 come quel contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa affinchè se ne serva per un tempo od uso determinato, coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta, dove appunto, se non ci fu determinazione di tempo, vuole l'Art. 1815 che il comodante non possa ripigliare la cosa data a prestito se non dopo che essa ha servito all'uso per cui fu prestata. Per lo stesso motivo, dello scopo cioè cui normalmente mira il contratto, si è sempre ammesso che chi fa un mutuo (o prestito di consumazione), distinto dal comodato (prestito d'uso) perchè ha per oggetto cose fungibili di cui passa al mutua-

---

(1) Cf. pure RAMPONI, *op. cit.*, n. 19, pag. 42.

(2) l. 73, pr. D. de verb. obligat. 45, 1 di PAOLO.

tario la proprietà, restando egli obbligato a restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose, debba lasciare al mutuatario per la restituzione un certo tempo vario secondo le circostanze, pur nel silenzio del contratto. Altrimenti potrebbe riuscire illusorio il beneficio che il mutuo dovrebbe recare al mutuatario, o peggio il contratto ritorcersi a suo danno, come sarebbe se io, che prendo oggi a prestito da Tizio una somma dichiarando di farlo per intraprendere una data operazione commerciale, potessi essere esposto a restituirgliela domani se così piaccia a Tizio. Di qui la norma dell'Art. 1826: « Non essendo fissato il termine della restituzione, l'autorità giudiziaria può concedere al mutuatario una dilazione secondo le circostanze ». Vi corrisponde perfettamente l'Art. 1900 del *Codice francese*, e la formulazione del principio è in entrambi i Codici alquanto impropria, inquanto lascerebbe supporre che fosse una *facoltà* del giudice l'accordare o no un termine per la restituzione anche quando le circostanze lo consigliassero. Egli invece allora ne ha l'*obbligo*. Solo si volle significare che sarà egli il giudice di queste circostanze in vista delle quali assegnare al mutuatario per la restituzione un termine più o meno lungo. Ciò consuona con le idee esposte dal POTHIER nel suo trattato sul contratto di prestito (1).

67. È particolarmente del termine primordiale (*dies a quo*) che, seguendo il Codice (Art. 1172-1176), intendiamo occuparci. Ora si presenta anzitutto la seguente domanda. Se il termine primordiale non è fissato nè dalla legge, nè espressamente o tacitamente dalla volontà delle parti, quand'è che dovrà eseguirsi l'obbligazione? Risponde l'Art. 1173 che deve allora eseguirsi subito, e ciò d'accordo col Diritto romano, dove nella l. 14 D. de regul. iur. 50, 17 POMPONIO lasciò scritto: « In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur ». Sono conformi la l. 41 § 1 D. de verb.

(1) POTHIER, *Traité du contrat du prêt de consomption* (*Oeuvres*, T. III, Bruxelles, Jonker 1830), n. 48, pag. 41. Conf. pure, fra tanti, LAURENT, *Principes*, XXVI, n. 503, pag. 516-517, RAMPONI, *op. cit.*, pag. 45.

obl. 45. 1 di ULPIANO e il § 2 Inst. de verb. obligat. 3, 15, nel quale ultimo è usata una formula preferibile per esattezza, a quella delle altre due leggi e del nostro Art. 1173, dicendovisi che ciò che fu stipulato puramente, senza aggiunta di termini, *confestim peti potest.* Perchè infatti col dire che, in difetto di termine, l'obbligazione *deve eseguirsi subito*, parrebbe che subito il debitore si trovasse in mora se non la adempie, mentre invece vedremo a suo luogo ch'egli non sarebbe in tal caso costituito in mora senza una previa intimazione od altro atto equivalente (Art. 1223 ult. capov.). Diremo dunque più esattamente che, se non c'è termine espresso, o legale, o tacito, il debitore può subito adempiere e il creditore può subito esigere la prestazione (1), ch'è la formula adottata dal *Codice svizzero* delle obbligazioni (2) e dal *Codice germanico* (3).

68. Già si è visto, a proposito della determinatezza dell'oggetto dovuto, necessaria perchè si abbia obbligazione, come non possa rimettersi alla volontà del debitore il precisare la prestazione da effettuarsi, ma non si escluda che a lui sia rimesso il termine entro cui effettuarla (v. s. n. 37, pag. 197). *Quid iuris* in tale caso?

In Diritto romano troviamo a questo proposito una importante legge di PAOLO, la l. 46, § 2 D. de verb. obligat. 45, 1, così concepita; « Si ita stipulatus fuero, cum volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem si, antequam constituas, morieris, quod verum est ». E al § 3 dello stesso frammento si legge: « Illam autem stipulationem si volueris

---

(1) Cfr. BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 52, combinato con ciò che scrive RAMPONI, *op. cit.*, n. 29, pag. 52.

(2) Art. 75: « Può essere chiesto ed eseguito immediatamente l'adempimento di un'obbligazione pel quale il tempo non sia determinato nè dal contratto nè dalla natura del rapporto giuridico » (Art. 86 del Codice del 1881 con la sola differenza nelle parole finali, ove, anzichè l'espressione *rapporto giuridico*, usavasi l'altra meno lata: *negozio giuridico*).

(3) § 271: « Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken ».

dari inutilem esse constat». Dunque per PAOLO, se il debitore muore senz'avere adempiuta l'obbligazione e senza avere nemmeno precisato il giorno dell'adempimento rimesso al suo arbitrio, cadeva la stipulazione. Senonchè alcuni interpreti, come il MOLITOR (1) e con lui il GIORGI (2), non ammettono nemmeno per Diritto romano questa conclusione, ma credono essere la clausola *cum volueris* un termine che autorizza il debitore a differire l'adempimento del contratto fino alla sua morte, dopo la quale il contratto dovrà indubbiamente adempiersi dagli eredi. E osservano che la legge di PAOLO vale soltanto per la *stipulatio*, forma di contratti rigorosissima, *stricti iuris*, oppure mettono innanzi per ispiegarla l'ipotesi che, nel caso concreto su cui decideva il giureconsulto romano, si trattasse di un debitore che si era riservata piena libertà di adempiere o no l'obbligazione, onde la clausola *cum volueris* si risolveva nell'altra *si volueris*. Si accettino o no simili spiegazioni del passo (3), quel che a me preme intanto è di segnalare il concetto della differibilità dell'esecuzione alla morte del debitore per parte degli eredi suoi, messo innanzi da qualche interprete a proposito della legge di PAOLO, perchè vedremo ch'esso fu pure utilizzato da talune legislazioni moderne e c'è chi crede che non debba abbandonarsi del tutto nemmeno nell'interpretazione del Codice nostro su questo argomento. Al quale si riferisce l'Art. 1173 capov., così concepito: «Spetta ugualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore».

---

(1) MOLITOR, *Les obligations en Droit romain*, T. I, (2e édit., Paris, Thorin 1874, n. 143, 144, pag. 178-181; secondo il MOLITOR detta clausola (*cum voluerit*) rende condizionali le stipulazioni (al pari dei legati), sicchè se il promittente muore prima di avere ulteriormente fissato il termine, la stipulazione cade *deficiente condicione*: alias nei contratti commutativi o aventi per oggetto una restituzione, dove l'obbligazione avrà come termine massimo la morte del promittente e dovrà in ogni caso adempiersi dai suoi eredi.

(2) GIORGI, *op. cit.*, Vol. IV, n. 298, pag. 336-337 e n. 392, pag. 444-45.

(3) *Contra* fra noi RAMPONI, *op. cit.*, n. 15, pag. 33-37.

Con ciò si è colmata una lacuna della legislazione francese, sotto la quale, dato appunto il silenzio di quel Codice, la dottrina generalmente accoglie quella soluzione che il MOLITOR e il GIORGI vedemmo sostenere propria del Diritto romano (1). Meglio di tutti il *Codice austriaco* (§ 904) e il *sassone* (§ 715) distinguono. Se trattisi di obbligazione meramente personale, non trasmissibile agli eredi, cioè che riguarda atti da compiersi dal debitore in persona, verrà assegnato dal giudice un termine conveniente; in caso contrario, si deve aspettare la morte del debitore ed attenersi agli eredi, se egli appunto muoia senza eseguire l'obbligazione che dichiarò di adempiere quando vorrà. Ora c'è chi vorrebbe adottata questa razionale distinzione anche nell'interpretare il nostro Art. 1173 capov. L'autorità giudiziaria, si dice, non può limitare una facoltà riservata al debitore per legge di contratto (Art. 1123 pr.) se non quando il limite si renda necessario per la tutela del diritto creditorio (arg. dall'Art. 1132) (2). Ma io, pur approvando siffatta conclusione *de iure condendo*, ho gravi dubbî sulla possibilità di accoglierla in Diritto positivo nostro. Il legislatore italiano doveva ben sapere che nella dottrina francese si era formata quella forte corrente nel senso di interpretare la clausola *cum volueris* come differimento facoltativo dell'esecuzione sino alla morte, doveva conoscere altresì il disposto dei Codici testè ricordati: ebbene, nel farsi a disciplinare il caso, non ha tradotti in esplicita norma simili principî, di una differibilità dell'adempimento alla morte del debitore non parla, e invece dichiara di demandare all'autorità giudiziaria la fissazione *di un termine conveniente*, di quel termine dunque che il giudice riterrà tale nell'insindacabile suo giudizio a seconda delle circostanze.

Tace poi il Codice, in questa parte ove tratta delle obbligazioni a termine, del caso in cui siasi stabilito che il debi-

(1) Cfr. fra tanti, LAROMBIÈRE, *op. cit.*, II, sull'Art. 1174, n. 4, pag. 352-353.

(2) BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 70, e RAMPONI, *op. cit.*, n. 15, pag. 38.

tore adempierà l'obbligazione non quando vorrà, ma quando potrà (*cum potueris*). Ma qui non credo certo che alcuno penserebbe di invocare la distinzione predetta fra obbligazioni strettamente personali e obbligazioni trasmissibili agli eredi (1). Se infatti nell'ipotesi del termine *cum volueris* pare si infranga la legge del contratto prefiggendo un termine all'obbligato, mentre lo si era rimesso alla sua volontà e l'obbligazione sia tale che potrà nella peggiore ipotesi eseguirsi dagli eredi, qui invece non si tratterà che di interpretare rettamente e convenientemente siffatta clausola (*cum potueris*), evitando che il debitore schivi l'adempimento dell'obbligazione anche quando ne avrebbe o potrebbe averne i mezzi. E ne abbiamo la conferma in tema di mutuo, ove l'obbligazione è certo per sua natura tale da trasmettersi agli eredi. Dispone infatti l'Art. 1827: « Ove siasi convenuto soltanto che il mutuatario paghi quando potrà o quando ne avrà i mezzi, l'autorità giudiziaria gli prescriverà un termine al pagamento secondo le circostanze ».

69. L'intervento dell'autorità giudiziaria in tutti i casi fin qui esaminati, per la determinazione dunque del *dies* tacito, o per fissare un limite se trattasi di obbligazione da adempiere dal debitore *cum voluerit* o *cum potuerit*, è diretto a dare una giusta interpretazione alla volontà delle parti. Ben diversa è la facoltà che in termini più o meno larghi altre legislazioni concedevano o concedono tuttora al giudice, di accordare cioè al debitore i cosidetti *termini di grazia*, *humanitatis causa*. Di questa facoltà, largamente ammessa nei tempi andati, è rimasta traccia nel *Codice francese* all'Art. 1244 capov., secondo il quale « i giudici possono. . . . , in considerazione della posizione del debitore, e usando di questo potere con una grande riserva, accordare delle dilazioni moderate per il pagamento e sospendere l'esecuzione giudiziale », massima ch'era stata pure accolta dai Codici *sardo* (Art. 1334), *parmense* (Art. 1221)

---

(1) E infatti la respinge il RAMPONI, da cui pure la vedemmo accolta nell'ipotesi di adempimento *cum volueris*, *op. cit.*, n. 16, pag. 40-41.

e *delle due Sicilie* (Art. 1197), dal primo bensì con qualche maggiore determinazione.

Disposizione simile non fu riprodotta nel Codice nostro; non parve conveniente che i giudici potessero in qualche modo disporre dei diritti del creditore, e fu inoltre osservato che queste sollecitudini pei debitori morosi sono in fondo malintese, come quelle che rendono sempre più difficile il credito e più sospettosi i capitalisti (1). Inoltre hanno molto peso le seguenti considerazioni che leggonsi nella *Relazione Pisanelli:* « Partendo dall'erronea supposizione che il creditore si trovi in condizioni generalmente vantaggiose e il debitore in condizioni generalmente sfavorevoli, i vigenti Codici attribuiscono al giudice la facoltà di concedere dilazioni al pagamento. Non si pensa che nei rapporti sociali avviene spesso che il creditore è a sua volta debitore verso un terzo, senza che egli sia tenuto di dichiararlo. Se egli non riceve al tempo fissato ciò che gli è dovuto, non potrà soddisfare ai suoi impegni, una serie di procedimenti giudiziali può essere la conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, della dilazione che la legge, e per essa il giudice, avrà conceduta » (2).

Senonchè quando trattasi di contratti bilaterali ed una delle parti chieda in base all'Art. 1165 la risoluzione del contratto perchè l'altra parte non ha adempiuta la sua obbligazione, è data facoltà al giudice dall'ultimo capov. di quell'articolo di non pronunziare subito la risoluzione, ma di concedere secondo le circostanze al convenuto una dilazione, un termine ulteriore entro cui si metta in regola se vuol evitare la risoluzione, facoltà però che al giudice non è consentita

---

(1) Cfr. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon* (2e édit., Paris, Cotillon 1868), pag. 251-252, che dà perciò lode al Codice nostro di essersi scostato dal francese. *Contra* Boissonade, *Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon*, (extrait de la *Revue pratique de Dr. fr.* t. XXVI, Paris, Marescq 1868), pag. 23.

(2) *Relazione sul Progetto del Codice civile* presentata dal M.° Pisanelli al Senato nelle tornate del 15 e del 26 Novembre 1863, in Gianzana, *Codice civile* ecc. Vol. I (Torino, Unione 1887), n. 148 pag. 91.

se trattisi di materia commerciale (Art. 42 Cod. comm.). C'è chi ravvisa in questo caso un termine di grazia accordato dal giudice (1). Ma invece la *Relazione Pisanelli*, in continuazione al brano sovresposto, rileva che siamo qui sovra un terreno ben diverso: « Il diritto a chiedere la risoluzione procedendo dalla disposizione della legge, questa ha potuto sottoporlo a determinate modalità. Ma quando il creditore si limita a domandare l'esecuzione dell'obbligazione, la legge e il giudice non possono intervenire fra lui e il debitore per variare la loro condizione giuridica » (2). In altre parole, un termine di grazia lo si avrebbe se, quando nei contratti bilaterali l'una parte va a chiedere l'adempimento dell'obbligazione incombente all'altra, il giudice potesse concedere a quest'ultima una dilazione. Ma questo non è; gli è solo quando in causa dell'inadempimento essa voglia ottenere la grave misura della risoluzione del contratto, che il giudice può, prima di adottare siffatta misura, concedere all'inadempiente un termine per mettersi in regola. È stata bene la legge che ha creata questa facoltà della risoluzione, ora essa ha potuto, creandola, subordinarla a quelle modalità che ha creduto. Senonchè non sarebbe del tutto senza replica questo ragionamento per chi ammetta (v. s. n. 48, pag. 240) che la legge, stabilendo la condizione risolutiva dell'Art. 1165, non ha fatto che interpretare la volontà delle parti, ravvisare come tacito, per la natura (bilaterale) del contratto, quel patto commissorio che le parti potevano anche manifestare in forma espressa.

70. Sono due i principî fondamentali accolti dal Codice riguardo al termine primordiale, di cui stiamo trattando. Il primo è contenuto nell'Art. 1172, altra volta rammentato (v. s. n. 51, pag. 249 testo e nota 1), che suona: « Il termine apposto alla obbligazione differisce dalla condizione in questo che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'ese-

(1) LAURENT, *Principes*, XVII, n. 177 testo e nota 1, pag. 192, a proposito dell'Art. 1184 del Cod. fr., corrispondente al nostro 1165.

(2) *Loc. cit.*

cuzione». Parla qui il Codice di termine *apposto* all'obbligazione, ma il principio vale ugualmente pel termine tacito, o che scenda dalla natura o dallo scopo del negozio giuridico, e per il legale. Ed è principio affermato del pari in Diritto romano in più di un passo, e nel modo più incisivo dal giureconsulto PAOLO nella l. 46 pr. D. de verb. oblig. 45, 1 colle parole *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* (1).

71. Il secondo fondamentale principio è posto nell'Art. 1175, così concepito: «Il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, se non risulta dalla stipulazione o dalle circostanze che si è stipulato egualmente in favore del creditore» (2). La massima che il termine si presuma sempre a favore del debitore valeva già per Diritto romano (3). Ma il nostro Art. 1175 è sotto più aspetti mal formulato. Intanto ha il solito vizio di non tener presenti che le obbligazioni contrattuali, mentre il principio si applicherà, non foss'altro per l'Art. 3 Dispos. prelim. del Codice (4), alle obbligazioni tutte (es. all'obbligazione di pagare un legato incombente all'erede). Poi è mal redatto, inquanto lascerebbe credere possibili due sole ipotesi, o che il termine sia a favore del de-

---

(1) Cfr. pure il § 2 Inst. de verb. oblig. 3. 15.

(2) Per il *Codice austriaco* deve dirsi che il termine è a favore e del creditore e del debitore, chè ammette anticipata prestazione solo qualora entrambi vi acconsentano (§ 1413). Identica norma leggevasi nel *Codice Prussiano* (*Allg. preuss. Landr.* I, 5, § 241). Parimenti il *Codice spagnuolo* dispone che il termine si reputa stabilito a favore del creditore e del debitore se dal tenore del contratto o dalle circostanze non risulta che è stato stabilito nell' interesse dell' uno o dell'altro soltanto (Art. 1127). Per questo sistema, che ha per base la massima dell' integrale rispetto alla convenzione che è legge per entrambe le parti e per i buoni effetti e per i cattivi, propende il PLANIOL, mentre il principio romano (francese e nostro) è ispirato all' idea che il debitore abbia bisogno di una protezione speciale (PLANIOL, in nota a sent. 1 Marzo 1890 del Trib. fed. svizzero in DALLOZ, *Réc. per.* del 1892, 2^e^ partie (pag. 169-174), pag. 174).

(3) Si consultino l. 38 § 16, l. 41 § 1 D. de verb. obl. 45, 1, di ULPIANO e l. 70 D. de solut. et liber. 46, 3 di CELSO. Nella seconda di queste leggi è detto espressamente *diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.*

(4) BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 71.

bitore (ch'è la regola) o che eccezionalmente possa essere a favore di ambe le parti, mentre sta che può essere a favore del solo creditore: basti pensare al caso di deposito gratuito. Finalmente quanto all'eccezione il Codice mostra di ammetterla solo in quanto risulti dalla stipulazione o dalle circostanze. Ma non può essa risultare anche dalla natura stessa del contratto? Il Codice stesso contiene pure un esempio simile, quello del deposito testè ricordato, dove l'Art. 1860 dice: «Il deposito si deve restituire al deponente appena lo domanda, quantunque siasi fissato nel contratto un termine per la restituzione, purchè non siavi presso il depositario un atto di sequestro o di opposizione nei modi stabiliti dalla legge». Oggidì un altro esempio ce lo fornisce la nuova Legge 20 Marzo 1913, n. 272, sulle *borse di commercio* nel cosidetto *diritto di sconto*, ivi contemplato nell'Art. 15, che suona: «Il compratore a termine è sempre in diritto di ottenere dal venditore la consegna anticipata dei titoli, derivanti da acquisti e da operazioni di riporto contro il pagamento del prezzo convenuto» (1). Eppure qui il termine è indubbiamente a favore del debitore dei titoli, o quanto meno di entrambe le parti. Gli è che si volle così premunirsi da un pericolo inerente alla natura di simili operazioni di borsa; si vollero cioè evitare «le vendite fittizie, le vendite allo scoperto fatte da persone che non hanno i titoli e tentano di speculare sulla buona fede altrui» (2). È «disposizione irriducibile di ordine pubblico dettata per moderare e punire le torbide audacie degli speculatori al ribasso» (3). Ond'è che parmi per questa parte prefe-

(1) L'articolo prosegue: «Di tale facoltà non può valersi il compratore nel periodo di sei giorni antecedenti quello della liquidazione di borsa. Le modalità di questa liquidazione anticipata saranno determinate dal regolamento di cui all'Art. 66». E il regolamento, che è del 4 agosto 1913, n. 1068, le fissa negli art. 34-43 inclusive. Notevole fra esse l'obbligo fatto al compratore di eseguire preventivamente il deposito del prezzo da pagarsi al venditore presso la sede locale di un Istituto di emissione o presso il Sindacato dei mediatori.

(2) Parole dell'on. FIAMBERTI alla Camera dei Deputati nella tornata del 17 Dicembre 1912 (Atti parlamentari, Discussioni, pag. 22450).

(3) VIVANTE, *I contratti differenziali secondo la nuova legge sulle borse*, in *Rivista del Dir. commerc.* XI (1913), p. I, pag. 927.

ribile alla locuzione dell'Art. 1175 del nostro Codice quello dell'art. 81 del *Codice svizzero delle obbligazioni*: « Il debitore può adempiere l'obbligazione anche prima della scadenza del termine, ove dal tenore o dalla natura del contratto o dalle circostanze non risulti una diversa volontà delle parti » (1).

Un caso in cui il termine non si presume a favore del solo debitore, ma di ambe le parti, attesa l'indole del negozio giuridico, è quello della cambiale, stabilendo l'Art. 294, 1° comma del Codice di commercio che « il possessore della cambiale non può essere costretto a riceverne il pagamento prima della scadenza ». Il possessore della cambiale, titolo girabile, può avere interesse a valersene fino alla scadenza per pagare i debiti suoi senza trasporto di danaro, può avere interesse pure a non ricevere il pagamento in un momento sfavorevole pel corso del cambio, e così via (2).

72. Si fa questione per ciò che riguarda il mutuo feneratizio. Qui appunto si sostiene da molti, ed è anzi la teoria preponderante in Diritto francese (3), che il termine sia nell'interesse comune: il creditore ha trovato per il suo capitale quel dato impiego per un dato tempo, e deve rimanere sicuro

---

(1) Conforme l'Art. 93 della precedente redazione, differente solo in ciò che, dove l'attuale testo italiano parla del *tenore* del contratto, quella diceva dai *patti*, corrispondente alla pure odierna redazione francese dell'Art. 81 che parla *des clauses du contrat*.

(2) Conf. VIVANTE, *Il rimborso anticipato delle obbligazioni ecc.*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXI (1890) (pag. 421-427), pag. 424, num. 3.

(3) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *De la société, du prêt, du dépôt*, (T. XXIII del *Traité théor. et prat.* del BAUDRY-LACANTINERIE) 3ᵉ édit. (Paris, Larose-Tenin 1907) n. 776, pag. 454 e i moltissimi che citano. Veramente reciso nell'opposto senso, e con larga trattazione del tema, è il PLANIOL nella citata nota inserita nel DALLOZ, *Réc. pér.* del 1892, mentre il DEMOLOMBE, che suolsi citare come contrario alla corrente generale, *Traité des contrats ou des obligations* etc., T. II (Paris, Durand 1877) n. 629 pag. 596, si limita a dire che prova qualche scrupolo a seguirla senz'altro in presenza dell'Art. 1187 Cod. Napoleone (1175 del nostro). Fra noi si consulti, a tacer d'altri, per la tesi che il termine è qui a favore di ambe le parti, PACIFICI MAZZONI, cit. *Istituzioni*, IV. n. 94, pag. 401, 4ª ediz.).

ch'esso non gli verrà meno, creandogli con un'anticipata restituzione l'imbarazzo e la difficoltà di un nuovo collocamento. E in questo senso ebbe a pronunciarsi la Corte d'Appello di Milano in un caso importante in cui si trattava di una società anonima, che aveva emesse delle obbligazioni fruttifere rimborsabili per sorteggio in ottant'anni, e che aveva cominciato a sorteggiarne annualmente ben più di una ottantesima parte. La Corte dichiarò ciò illegale (1). Ripresentatasi nove anni dopo l'identica questione alla magistratura romana, mentre il Tribunale l'aveva decisa come la Corte lombarda, andarono invece all'opposto avviso le Corti d'Appello e di Cassazione. Ricordo queste due cause in modo speciale, perchè esse dettero occasione ad una fioritura di scritti di valorosi giuristi (2).

Gli avversarî della tesi che nel mutuo feneratizio il termine sia nell'interesse anche del creditore, sicchè non lo si possa costringere a ricevere il pagamento anticipato, adducono specialmente gli argomenti che seguono. Si invoca il modo onde la presunzione è formulata nell'Art. 1175: ivi si dice che il termine si *presume sempre* stipulato in favore del debitore; ora si verrebbe a sottrarvi una massa grandissima di obbligazioni escludendone tutti i mutui fruttiferi. Si soggiunge

---

(1) Sentenza 22 Gennaio 1890 in causa Canzi c. Società ferrovie Nord-Milano (*Monitore dei Tribunali*, XXXI, pag. 143 e *Fòro italiano*, XV, I, col. 261).

(2) La sentenza del Tribunale di Roma (causa Ceriana e Grasso c. Soc. it. per le strade ferrate sicule) può leggersi nella *Giur it.*, vol. LI (1899) con nota favorevole del GIANNINI, col. 182-186. Quella dell'Appello di Roma 25 Marzo 1899 in *Fòro it.*, vol. XXIV (1899) parte 1, col. 476-504 e quella della Cassazione di Roma 23 Dicembre 1899 in *Fòro it.*, vol. XXV (1900), parte 1, col. 85-88. Contro l'ammissibilità dell'anticipato rimborso di siffatte obbligazioni, oltre al GIANNINI, testè ricordato, veggansi P. MANFREDI, *Sulla restituzione anticipata di taluni prestiti pubblici* in *Rendic. del R. Istituto lombardo*, Serie II, Vol. 24 (1891), pag. 866-882, la Direzione del *Monitore Tribunali*, Vol. XXXIX (1898), pag. 92 e segg., in nota a conformi decisioni francesi, nota riproducente altresì lo scritto del MANFREDI; PIPIA, *L'anticipato rimborso delle obbligazioni a premio* in *Il Filangieri*, XXIV (1899) pag. 661-686, 750-761, e, particolarmente notevole per la tesi fondamentale dell'inapplicabilità dell'Art. 1175 al mutuo fruttifero, SRAFFA, *Il rimborso anticipato delle obbligazioni* in

che l'Art. 1175 per far cadere la presunzione vuole che il contrario risulti o dai *patti* o dalle *circostanze*, non accenna invece a possibilità che il contrario risulti dalla *natura del negozio giuridico*. Continuano osservando che non basta perchè si possa dire di essere nei termini dell'Art. 1175, che *all'atto del rimborso* il creditore dimostri di avere un interesse contrario, chè allora ciò equivarrebbe a distruggere la presunzione posta come regola dal citato articolo, essendo ben raro che coincida l'interesse di ambe le parti a quel momento. Per negare questa facoltà di anticipato pagamento al debitore occorre dimostrare che *fino dalla stipulazione del contratto* si è tenuto conto dell'interesse del creditore nello stabilire il termine per l'esecuzione dell'obbligazione. Nel mutuo dunque, tuttochè fruttifero, si dovrà avere riguardo alle clausole ed alle circostanze della stipulazione prima di negare al debitore la facoltà di restituire anticipatamente la somma presa a prestito. Potrebbe allora essere stato fissato il termine in favore del solo mutuatario contro l'interesse del mutuante, cui era facile impiegare a condizioni assai più vantaggiose il proprio danaro. Io credo che quest'ultimo ordine di considerazioni abbia gran peso, ma che entrambe le teorie siano troppo assolute. Non si dovrà escludere senz'altro, per ciò solo che il mutuo è ad interesse, che possa il termine essere a solo van-

---

Temi Veneta, XXIV (1899), pag. 289-294; per la tesi opposta, oltre ad E. SCIALOJA in nota alla citata sentenza dell'Appello di Milano in *Foro ital. loc. cit.*, RAMPONI, *op. cit.*, n. 31, pag. 54 e segg., BRUSCHETTINI, *Sul rimborso anticipato di obbligazioni* in *Giurispr. italiana*, vol. LI (1899), parte IV, pag. 171-192, ma sovra tutti, per trattazione ampia e serrata, VIVANTE nel citato scritto del 1890 e poi in nota alla ricordata sentenza della Corte d'Appello di Roma del 1899 nel *Fôro italiano*, *loc. cit.* È però da notare che lo stesso VIVANTE, nel suo *Trattato* cit. Vol. II, n. 612 pag. 444 della 4ª ediz., limita il diritto dell'istituto emittente a sorteggiare anticipatamente le obbligazioni al solo caso in cui esse producano un interesse maggiore della misura legale, che è pure l'assunto del NAVARRINI, *Trattato elem. di Diritto commerciale*, II, (Torino, Bocca 1911), n. 815, pag. 149. Va poi consultato sull'argomento un lavoro tedesco del FREUND *Vorzeitige Rückzahluug und einseitige Konversions verzinslicher Anlehen* (Berlin, Bahr 1888).

taggio del debitore, ma certo il fatto del pattuito interesse sarà per sè stesso una forte *circostanza*, in base a cui facilmente ammettere, per poco che altre circostanze o clausole contrattuali la confortino, che il termine fu stipulato anche a favore del creditore (1). Ora queste circostanze concomitanti, per cui ritenere il *dies* a vantaggio anche del creditore, nel mutuo fruttifero parmi risultino dal solo fatto di un prestito con ammortamento per via di annua estrazione di un certo numero di obbligazioni (il caso delle sentenze dianzi ricordate) e ciò sovrattutto per una sottile argomentazione dall'Art. 1833, della quale, seguendo il MANFREDI, diremo fra poco nel toccare dell'articolo stesso.

Senonchè vi ha un caso in cui, pur essendo fuor di dubbio che il termine è apposto anche nell'interesse del mutuante, egli può essere obbligato dal mutuatario a ricevere la restituzione prima della scadenza. Ciò avviene quando si tratti di mutuo ad interesse superiore al tasso legale (quattro per cento in materia civile, cinque per cento in commerciale), se il termine fissato per la restituzione eccede il quinquennio. Ecco infatti ciò che dispone l'Art. 1832: « Il debitore può sempre, dopo cinque anni dal contratto, restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale nonostante qualsiasi patto contrario. Deve però darne sei mesi prima per iscritto l'avviso, il quale produce di diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta ». Tale disposizione, che fu tanto discussa quando si compilò il Codice, io la credo meritevole di plauso. Si è ammessa la libertà nel tasso degli interessi, e sia pure, tuttochè non manchino *de iure ferendo* serie ragioni in contrario; ma conveniva poi apportarvi un qualche correttivo benigno a favor del debitore, che può aver accettate condizioni usurarie sotto la pressura del bisogno. Ha fatto dunque bene il Ministro Vacca, che ne espone le ragioni nella sua relazione intorno al Codice presentata a S. M., non accogliendo in que-

---

(1) Cfr. particolarmente AUBRY e RAU, *Cours de Droit civ. fr.*, T. IV (4e, édit., Paris, Marchal-Billard 1871), § 303, pag. 90, testo e nota 21.

sta parte la deliberazione della Commissione coordinatrice del Codice, la quale con sei voti contro cinque nella seduta pomeridiana del 23 Maggio 1865 aveva stabilita la soppressione di siffatto temperamento (1).

Questo temperamento però subisce una duplice limitazione apportata dal successivo Art. 1833:

1) Non si applica la norma dell'Art. 1832 ai contratti che stabiliscono la restituzione per via di annualità che comprendono gli interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale. È la forma p. es. del credito fondiario e col sottrarre simili operazioni al disposto dell'Art. 1832 si ebbe in mira particolarmente di agevolarle nell'interesse dell'agricoltura, alla quale potranno volgersi i capitali senza tema di imbarazzanti anticipate restituzioni (2). Pure in questa parte l'Art. 1833 fornisce, nota bene il MANFREDI (3), un argomento per sostenere che il termine è a vantaggio del creditore, nè sono quindi ammissibili pagamenti anticipati, quando trattisi di prestiti da rimborsarsi mediante annuo sorteggio di un certo numero di obbligazioni. Che altro infatti si ha qui se non un sistema di ammortamento diverso solo per la modalità dell'attuazione da quello che l'Art. 1833 contempla? In trentasei anni si viene ad estinguere un prestito al 5 % quando si dia un 1 % di più all'anno: ebbene, un prestito simile non si potrebbe restituire prima del termine, tuttochè la durata di esso superi il quinquennio. Ora nel caso delle obbligazioni sorteggiabili, anzichè questi rimborsi parziali a tutti indistin-

---

(1) Per la Relazione Vacca v. GIANZANA, *op. cit.*, IV, n. 29, pag. 38-39, e quanto al verbale della seduta 23 Maggio 1865 della Commissione coordinatrice GIANZANA, *op. cit.*, III, Verbale n. 47, n. I, pag. 444-448.

(2) Relazione Pisanelli al Senato, GIANZANA, *op. cit.*, I, n. 184, pag. 122. Veggansi però oggigiorno gli Art. 19 n. 2 della Legge 23 Gennaio 1887, n. 4276 (serie 3.ª) sul credito agrario e l'Art. 28 del Testo unico 16 Luglio 1905, n. 646 sul credito fondiario, autorizzanti il mutuatario al pagamento prima della scadenza verso l'Istituto sovventore, col peso però di certe tasse trattandosi di credito fondiario.

(3) *loc. cit.*

tamente i portatori di obbligazioni per via di quota annua comprendente interessi e una frazion di capitale, cosa che ai creditori può riuscire incresciosa inquanto ricevono la restituzione del capitale, per dir così, a contagoccie, si sostituisce il sistema di rimborsare ogni anno ad *un certo numero* di portatori di obbligazioni l'intero importo di esse. Ma il risultato è pure il medesimo, e quindi dev'essere lo stesso in ambidue i casi il principio regolatore. Nè mi par giusto l'obbiettare, come pur si è fatto, che argomentiamo così per analogia da una norma eccezionale, contrariamente all'Art. 4 delle disp. prelim. del Codice. Sia pure che la libertà degli interessi fu accolta col temperamento dell'Art. 1832: sta tuttavia sempre che è codesto temperamento, per quanto provvido, che ha carattere di eccezione ad un principio generale, quale si è quello dell'osservanza dei patti liberamente fissati fra le parti. Onde altro è il far voti per *una nuova legislazione* meno feticista di cotale principio, ed altro il disconoscere che esso è uno dei punti cardinali della *legislazione ora vigente*. Onde l'Art. 1833, che ad esso riconduce, non potrà certo qualificarsi un *ius singulare non producendum ad consequentias*. E la fede ai patti originari quali risultano da quella tabella dei pagamenti in capitale ed interessi che deve persino figurare sui titoli delle obbligazioni (Art. 175 Cod. di comm.) e non per nulla chiamasi *piano di ammortamento*, non è vero sia cosa indifferente per i detentori di siffatte obbligazioni, che sogliono essere al portatore, e che perciò, nota il BRUSCHETTINI, son destinate a circolar di continuo da una mano all'altra fra persone intente solo a specularvi sopra e non a farne oggetto di stabile investita di capitali. Parmi infatti più conforme al vero l'asserzione del VIVANTE (citata nota in *Fôro it.*, col. 484) che non i commercianti impiegano i loro capitali in codesti titoli a lunga scadenza, ma ch'essi invece « vanno a finire nelle aziende domestiche dei cittadini estranei al commercio, in quelle delle Opere pie o di altri corpi morali » (1).

---

(1) L'illuste VIVANTE, che, come vedemmo (pag 292 in nota), ha temperata l'assoluta affermazione delle precedenti sue monografie, asserendo nel *Trattato di*

2) Non si applica a qualunque specie di debito contratto dallo Stato, dai Comuni o da altri corpi morali muniti delle autorizzazioni richieste dalle leggi. Del che la *Relazione Pisanelli* reca i seguenti motivi. Essendo questi enti soggetti a speciali formalità abilitanti nelle loro contrattazioni, e la loro condizione economica presentando in genere maggiore solidità, veniva a mancare la ragione della legge per comprenderli nell'eccezione stabilita riguardo agli altri debitori (1).

Simili spiegazioni sono ben poco persuasive, a mio avviso. Taccio dell'argomento della solidità economica di siffatti enti, argomento non rispondente purtroppo in moltissimi casi alla realtà e del quale, ad ogni modo, non so ben vedere la connessione col tema in esame. Ma non regge nemmeno l'altro argomento. Veggasi la censura che di questa parte dell'Art. 1833 fa il MANTELLINI nella sua opera sullo Stato e il Codice civile (2), alle cui osservazioni aggiungo le seguenti. L'esperienza quotidiana dimostra che provincie, comuni ed altri corpi morali possono dibattersi alla pari dei privati in tali angustie finanziarie, da rendere per essi accettabili condizioni assai gravose imposte loro dai mutuanti, senza che tuttavia le autorità tutorie possano assumersi la responsabilità di rifiutare al mutuo la autorizzazione, tanto si presenti urgente il bisogno e difficile il provvedervi a migliori patti. Orbene, se l'atto è, *obbiettivamente* considerato, usurario, se contro atti simili si ha generalmente il rimedio dell'anticipata restituzione del capitale spirato il quinquennio, non si sa capire perchè la considerazione *subbiettiva* della qualità della persona del mutuatario debba far cessare il rimedio stesso, quasi cessasse il mutuo di essere usurario perchè fatto a Tizio, piuttosto che a Caio, ad un comune piut-

Dir. commerciale che la facoltà di anticipato rimborso per via di estrazioni eccedenti il piano prestabilito è dato *quando l'interesse è superiore al legale*, implicitamente abbandona l'appoggio all'Art. 1175 e ripara sotto l'Art. 1832, mentre l'originaria sua tesi era che *sempre* anche nei mutui fruttiferi dovesse imperare la presunzione favorevole al debitore posta nell'Art. 1175. Se così è, mi pare abbia peso l'osservazione del GIANNINI (loc. cit.) che, date le obbligazioni emesse al portatore, non si saprebbe a chi e come eseguire quel preventivo avviso (di un semestre) che l'Art. 1832 in fine prescrive.

(1) Relazione PISANELLI, *loc. cit.*

(2) MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Vol. II (Firenze, Barbèra, 1882), pag. 425 e segg.

tosto che ad un privato. E poi queste benedette formalità abilitanti, a motivo delle quali si credette di poter privare tali enti del beneficio in discorso, non sono altro che condizioni integranti la loro capacità. Intervenuta l'abilitazione per parte dell'autorità tutoria, questi enti devono poi trovarsi sull'identico piede di una persona già di per sè capace, nè si può di un requisito che è stato necessario semplicemente per integrare la loro capacità fare una causa di diverso trattamento quanto agli *effetti* del negozio concluso. Prendasi p. es. il caso di un mutuo contratto per un minorenne soggetto a tutela. Il tutore dovrà essere all'uopo autorizzato dal Consiglio di famiglia, la cui deliberazione dev'essere inoltre omologata dal Tribunale (Art. 301). Intervenute queste abilitazioni, se il mutuo è ad interesse eccedente il tasso legale, si applicherà pure la norma dell'Art. 1832. E tuttavia si potrebbe dire anche qui che l'occhio vigile del tutore, del Consiglio di famiglia, dell'autorità giudiziaria basta a guarentire dal pericolo di operazioni rovinose! Dovrebbe dunque valere lo stesso nel caso di cui stiamo trattando.

Leggi speciali concernenti prestiti a provincie, comuni ed altri enti, mostrano che lo stesso legislatore si è persuaso della fallaccia delle argomentazioni con le quali si era voluto confortare in questa parte il disposto dell'Art. 1833. Alludo alle leggi 24 Dicembre 1896, n. 551, sulla unificazione dei debiti delle provincie e comuni della Sicilia, della Sardegna, dell'Elba e del Giglio e 27 Giugno 1897, n. 227, che estende al comune di Roma la precedente, nonchè alle successive leggi di Provvedimenti per il credito comunale e provinciale in generale, del 24 Aprile 1890 n. 101 e del 17 Maggio 1900 n. 173 (1).

---

(1) L'Art. 1 di quest'ultima Legge suona «Il disposto dell'Art. 1832 del Cod. civ. viene esteso ai debiti anche se contratti prima della promulgazione della presente legge, delle Provincie, dei Comuni e degli altri enti, di cui nell'Art. 2 della L. 24 Aprile 1898, n. 132 [Consorzi di Provincie o Comuni, Consorzi di irrigazione e di bonificazioni, Consorzi per le opere idrauliche della 3.ª categoria] e resta abrogato a riguardo di tali debiti il comma 2°. dell'Art. 1833 del Cod. civ., nonchè il comma 1°. dell'art. stesso, nella parte relativa ai contratti che stabiliscono la restituzione per via di annualità quando l' interesse calcolato nelle annualità di rimborso superi la misura legale. Il preavviso di sei mesi di cui nel citato Art. 1832 sarà dato con manifesto inserito nella *Gazzetta ufficiale* e nel foglio degli annunzi giudiziari della provincia». Cfr. pure Art. 16 e 25 del Testo unico 5 Settembre 1907, n. 751, in materia di prestiti della Cassa depositi e prestiti e della sezione autonoma di credito comunale e provinciale a provincie, comuni e consorzi.

L'Art. 1833 accanto alle due eccezioni già discorse ne indica una terza, dichiarando che la restituzione *ante diem*, scorso il quinquennio, non è applicabile neppure ai contratti di rendite vitalizie. Qui però non si ha un'eccezione vera e propria alla norma che stiamo esaminando: questa infatti si riferisce al mutuo ad interesse, quando invece parliamo di vitalizio si ha un contratto essenzialmente diverso. Avrebbe fatto meglio dunque il Codice a tacere qui di tal caso, che è affatto fuori di posto, tanto più che la dichiarazione quivi contenuta non fa che inutilmente ripetere quanto già si legge in appropriata sede nell'Art. 1798.

73. Dal mutuo tornando alle obbligazioni a termine in generale, risulta, concludendo, che molto interessa il decidere a favore di chi stia il termine, e ciò nei riguardi dell'anticipazione nell'adempimento, anticipazione che il creditore non può esigere, ma il debitore può spontaneamente effettuare ove il termine sia *pro reo*, che il creditore può esigere, ma di regola non il debitore imporgli, se il termine è ad esclusivo favore del creditore, che non potrà finalmente seguire se non di comune accordo se il termine è nell'interesse di entrambe le parti.

(Ho detto che di regola, e non sempre in via assoluta, se il termine è a favor del creditore non può il debitore imporgli anticipato pagamento, e ciò perchè tengo presente il caso di deposito, di cui all'Art. 1860 capov. Ma il punto è dubbio: p. es. il Pacifici-Mazzoni crede non applicabile detto capoverso se c'è un termine espresso o tacito per la durata del deposito (1). Sembra a me l'opposto, in base all'avverbio *parimenti* che collega il capoverso dell'Art. 1860 al primo comma, ove si contempla pure la facoltà del deponente di esigere di ritorno la cosa quando crede *anche se* fu stabilito un termine).

Orbene, una presunzione assiste il debitore, cioè che sempre il termine stia a favor suo, sicchè tocca al creditore che sostiene l'opposto il fornirne le prove, desumibili, vedemmo, o dall'atto costitutivo dell'obbligazione ovvero dalle circostanze. È di tutta evidenza che, se il debitore a cui beneficio

(1) Pacifici-Mazzoni, cit. *Istituzioni*, V, n. 277, pag. 440 (della 3ª ediz.).

stava il termine, scientemente e deliberatamente vi rinuncia, e paga prima, non può ripetere il pagamento. Ma *quid iuris* se pagò anticipatamente per errore? Anche allora l'Art. 1174, chiarendo esplicitamente un punto dubbio in Diritto francese di fronte al corrispondente Art. 1186 del Codice Napoleone, nega la ripetizione. Questo principio sembrami di una bontà assai discutibile, tuttochè abbia le sue radici nel Diritto romano, e precisamente nelle l. 10, di PAOLO, 16 § 1, di POMPONIO, 17, 18, di ULPIANO, D. de condict. indeb. 12, 6 (1).

In vista specialmente di questo diritto del creditore alla *soluti retentio*, il SIMÉON raffronta l'obbligazione a termine alla obbligazione naturale (2), ma, data pure l'ammissibilità della cosa per Diritto romano, non reggerebbe il paragone in Diritto nostro, dacchè abbiamo sostenuto che nell'obbligazione naturale la *soluti retentio* non ha luogo presso di noi se si pagò per errore (V. s. n. 26, pag. 125).

Il legislatore nostro avrebbe fatto bene ad eliminare un altro dubbio tuttora possibile anche presso di noi come in Francia. Si domanda cioè se chi pagò per errore anticipatamente, dato pure che non possa chiedere di ritorno quanto ha pagato, possa almeno esigere dal creditore un compenso per quel tanto di vantaggio ch'egli ritrasse dall'anticipazione. Era p. es. un fondo ch'io doveva consegnare di qui a un anno a Tizio, per errore glielo do subito, ed egli quindi per un anno di più ne gode i frutti, naturali o civili, oppure trattavasi di un mutuo gratuito, e io, credendolo già scaduto, ne restituisco l'importo a Tizio mutuante, mentre avrei potuto tenerlo un anno ancora. In tal caso perdo di godere i frutti di quella somma nel tempo intermedio, ciò che le fonti romane chiamano *interusurium* (3), come in generale questo

---

(1) Vedine pure la censura, dato che l'errore sia scusabile, in GIORGI, *op. cit.*, IV, n. 397, pag. 491 e segg. (7ª ediz.), ove è combattuto anche il PESCATORE, *Inopinata giustificazione dell'Art. 1174 del C. c. mercè le rivelazioni della pratica* in cit. *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, pag, 328 e segg.

(2) SIMÉON, *op. cit.*, § 5, pag. 18-19.

(3) l. 9, § 8 D. de pec. 15. 1, l. 66, pr. D. ad leg. falc. 35. 2, ambedue di ULPIANO.

vantaggio derivante dall'anticipato godimento è altrove denominato *temporis*, o *medii temporis*, o *repraesentationis commodum*, ovvero anche *commodum in repraesentatione* (1). Si intende che chi ha pagato prima del tempo scientemente non possa più chiedere questo *commodum repraesentationis*, ma l'equità suggerisce l'opposto s'egli ha soddisfatta l'obbligazione anticipatamente per errore. Vada pure che il creditore possa conservare ciò che *ante diem* gli fu prestato, chè in fondo *suum recepit*, ma egli farebbe addirittura un indebito lucro se pretendesse avvantaggiarsi dell'*interusurium*, per l'importo del quale si è precisamente verificato il pagamento di un indebito, donde l'obbligo a restituzione, nè più nè meno che se per errore a scadenza io pagassi centocinque mentre debbo cento, dove potrei, per gli Art. 1145, 1147, 1148, chiedere di ritorno i cinque dati in più. Bene dunque fu osservato che la restituzione dell'*interusurium* è qui applicazione *pura e semplice* delle norme sulla *repetitio indebiti* (2) e non un'applicazione analogica, come altri la disse (3).

73bis. A proposito di prestazioni anticipate, torna opportuno il richiamo di un'osservazione già fatta nel discernere le obbligazioni di *dare* da quelle di *fare* (v. *supra*, n. 35, pag. 190) Ed è che il *facere* è talvolta semplice mezzo preparatorio o strumentale al *dare*, nel quale veramente consiste l'oggetto dell'obbligazione. Di qui la conseguenza che non si potrà parlare di anticipazione nell'eseguire o nel richiedere la prestazione per ciò che il debitore siasi messo per ispeciale solerzia nella possibilità di dare prima di quando poteva ragionevolmente attendersi qualora avesse usato la diligenza me-

---

(1) l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3 di ULPIANO, l. 82 pr. D. de leg. 2 (XXXI) di PAOLO, l. 45 pr. D. ad leg. falc. 35. 2 di PAOLO, l. 1 § 2 D. de dot. praeleg. 33. 4 di ULPIANO, l. 10 § 12 D. quae in fraud. cred. 42. 8 di ULPIANO.

(2) RAMPONI, *op. cit.*, n. 33, pag. 63.

(3) Così ad es. BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 64. Quanto poi al modo di valutazione dell'*interusurium* veggasi VANGEROW, *op. cit.*, § 587, pag. 175-182 e FERRINI, *op. cit.*, n. 423, pag. 599-601.

dia, normale. A ciò va ricondotto il bell'esempio che ci somministrano le parole finali della l. 137 § 2 D. de verbor. obl. 45. 1 di VENULEIO. Chi a Roma ha stipulato *Ephesi dari*, se per avventura effettui il viaggio da Roma ad Efeso con maggiore sollecitudine dell'ordinario, pongasi perchè ha fatto uso di speciali rapidi mezzi di trasporto, arrivato a destinazione, *confestim obligatus est*. Tosto che egli ha possibilità di *dare in Efeso*, la obbligazione si rende esigibile, nè si dirà anticipata la prestazione perchè egli coll'affrettato viaggio si è messo in grado di effettuarla prima di quello che altri avrebbe fatto normalmente. Se viceversa un *facere*, l'eseguire cioè un *opus* determinato, fosse esso l'oggetto dell'obbligazione, non perchè il debitore con eccezionale solerzia avesse compiuta l'opera prima del *dies* convenuto potrebbe dal creditore essere costretto a fargliene tosto la consegna. Un ingegnere mi ha promesso di costruirmi un villino da consegnarmisi il 1º gennaio 1915. Gli riesce di ultimarlo il 1º dicembre 1914. Non per ciò io potrò esigere, nè egli impormi la consegna *ante diem*.

74. Vi sono tre casi in cui il debitore perde il beneficio del termine, sicchè il creditore può prima della scadenza chiedergli l'adempimento dell'obbligazione. Li contempla l'Art. 1176, così concepito: « Il debitore non può più reclamare il benefizio del termine se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha date le cautele promesse ». Vi corrisponde l'Art. 1188 del Codice francese, con la sola differenza che non accenna alla terza causa di perdita del beneficio, ammessa tuttavia concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese. Si ritiene che vengano a mancare in questi casi i presupposti in vista dei quali il termine fu conceduto, e che, scossa la fiducia nel debitore per le mutate sue condizioni economiche, a ragione il creditore voglia senza indugio realizzare il suo credito.

La prima causa è la *insolvenza*. E qui non esito ad associarmi all'insigne BONELLI nella censura alla nostra legislazione ed alle altre che accolsero questa causa di decadenza dal

beneficio del termine. È già grave che non ci sia una procedura concorsuale di tutti i creditori di un non commerciante, dacchè solo pei commercianti si dà presso di noi il fallimento. Ora si aumenta anche di più la disparità di trattamento fra creditori di un comun debitore permettendo l'azione isolata di uno che ha potuto scovrire la non solvenza, e permettendola non al solo effetto di procurarsi una cautela, che già sarebbe grave, ma addirittura per rendere esigibile un suo credito *sub die*, senza pensare che per il termine concesso egli si sarà pure stipulato dei compensi, e che così egli potrà avvantaggiarsi anche su creditori potiori a lui perchè aventi crediti già scaduti. È spingere tropp'oltre il principio *vigilantibus iura succurrunt* (1).

Comunque, così è la legge e a noi non resta che interpretarla. La parola *insolvenza* fu dal nostro legislatore opportunemente sostituita a quella di *fallimento*, che leggesi nel corrispondente articolo del Codice francese. Infatti hanno dovuto in Francia dottrina e giurisprudenza intervenire dichiarando che il principio si applica anche ai debitori civili, rispetto ai quali di fallimento non si può parlare: chi lo fece invocando l'*eadem ratio*, motivo da solo non bastante, mentre siamo in tema di decadenza da un diritto, da interpretarsi restrittivamente; chi invece invocò più a proposito altri articoli dello stesso Codice Napoleone, gli Art. 1613, 1913, 2032 n. 2, corrispondenti agli Art. 1469 capov., 1786, 1919 n. 2 del Codice nostro, relativi alla vendita, alla rendita perpetua, alla fideiussione, ove si trova espressamete applicato il principio della decadenza dal termine non nel solo caso di fallimento, ma anche in quello d'insolvenza del debitore (2). Il nostro Codice ha voluto togliere di mezzo ogni dubbio sostituendo la parola insolvenza all'altra fallimento. Ma che cosa poi intendere per insolvenza? C'è chi applica qui il concetto medesimo che

---

(1) G. BONELLI, *La decadenza dal termine del debitore insolvente* in *Giur. it.* (BETTINI), vol. LI (1899), parte 4ª col. 225 e segg.

(2) LAURENT, *Principes*, XVII, n. 195, pag. 207-208.

vale pel fallimento dei commercianti, che si sa essere determinato dal fatto della cessazione dei pagamenti, compatibile (pongasi per momentaneo arenamento d'affari) col fatto dell'essere il passivo non superiore all'attivo, come viceversa è possibile che il passivo superi l'attivo e tuttavia non si abbia lo stato di fallimento, perchè i pagamenti, per l'abilità del commerciante e per l'uso ch'egli fa del credito, non sono cessati, ma continuano regolarmente. Così il LAROMBIÈRE (1), a cui si è accostata fra noi la Corte d'Appello di Lucca (2). Ma non si sa vedere il motivo di trasportare qui un concetto tutto proprio del Diritto mercantile, violando la norma fondamentale di ermeneutica posta nell'Art. 3 Tit. prelim. del Codice, per cui « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio significato delle parole* secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore ». Ora il significato proprio di insolvenza non è già quello di cessazione di pagamenti, eventualmente momentanea mentre l'attivo superi il passivo o per lo meno lo copra, ma sì di uno stato di sbilancio economico, per cui il debitore non potrebbe far fronte a tutti i suoi impegni ugualmente (3). Il che d'altra parte non vuol dire, chè sarebbe un eccesso nel senso opposto, mancanza assoluta di mezzi, impossibilità di pagare nessuno dei proprî debiti, chè allora oltre a tutto, come benissimo ebbe ad esprimersi la Corte d'Appello di Venezia, resterebbe frustrato lo scopo della legge che ebbe in mira di tutelare l'interesse del creditore col dargli facoltà di ripetere subito quel credito che potrebbe diventare inesigibile coll'attendere la decorrenza del termine convenuto (4). Si in-

---

(1) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, III, sull'Art. 1188, n. 4, pag. 283-284.

(2) Sent. 9 Marzo 1888, in causa Viganotti-Giusti c. Comune di Pisa (*Annali di giur. it.*, 1888, parte II, pag. 468).

(3) Sul vero concetto di insolvezza o decozione, in quanto si distingue dal fallimento, v. PATRIOLI, v.° *Decozione* in *Digesto it.*, Vol. IX, parte I, n. 21 e segg., pag. 649 e segg.

(4) Sent. 29 Dicembre 1892 in causa Colussi - Da Prà (*Temi Veneta*, XVIII, pag. 134). In questo senso si pronunciò pure la Corte d'Appello di Bo-

voca pure in questo senso il modo onde la insolvenza (*déconfiture*) era concepita nell'antico Diritto francese, ed anzi definita nell'Art. 180 della *Coutume de Paris:* « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles que immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents ».

Un'altra questione è sorta presso di noi, se cioè anche il debitore commerciante sia passibile della disposizione in esame, sicchè possa un creditore singolo chiederne la decadenza dal beneficio del termine per titolo di insolvenza, o se invece essendo qui possibile il più vasto e collettivo processo di fallimento, a questo e non ad altro si possa in tal caso ricorrere. La Corte di Cassazione di Firenze, con sentenza 7 Luglio 1887 (1) annullando una elaborata decisione dell'Appello veneto, pronunciò che l'Art. 1176 si applica bensì anche ai commercianti ma che il Codice di commercio non reputa insolvente il debitore commerciante se non quando cessi di pagare i suoi debiti, e cada così in istato di fallimento, che è appunto, dice la sentenza, lo stato legale di insolvenza dei commercianti. Quindi non può un creditore singolo, per proprio conto, far pronunziare decaduto il debitor commerciante dal termine pendente per la sua ragione di credito, ma deve addirittura farne pronunziare il fallimento. Altrimenti, si è detto, con indiscrete indagini sullo stato di solvenza del commerciante potrebbe uno qualunque dei suoi creditori a termine scuoterne il credito. Quindi *aut, aut*: o ci sono gli estremi del fallimento, e lo si faccia aprire nell'interesse comune dei creditori, o non ci sono, e non si molesti il debitore con grave danno degli affari suoi.

Ma contro questa decisione, diametralmente opposta ad

---

logna con sentenza 31 Maggio 1886 citata in nota alla predetta sentenza dell'Appello veneto nella *Temi*, e stanno nella dottrina, fra altri, il LAURENT, *Principes*, XVII, n. 196, pag. 208-209, il DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXV, n. 666-667, pag. 631, il DE FILIPPIS, *op. cit.*, V, n. 213, pag. 313, il BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 65, il GIORGI, *op. cit*,, Vol. IV, n. 409-410, pag. 507-509.

(1) In causa Ravenna-Rocca (*Temi veneta*, XII, pag. 360).

una precedente della Cassazione subalpina (1), si è sollevato un vero plebiscito nella dottrina. Già il BOLAFFIO avea scritto, prima che la sentenza fiorentina uscisse, un bellissimo articolo in favore della decisione veneta che venne cassata (2), ma poi contro la Cassazione si pronunciarono senza indugio altri eminenti autori (3), alle cui osservazioni pienamente mi associo. La massima *vigilantibus iura succurrunt*, ispiratrice (bene o male che sia) della norma in esame, consiglia intanto ad escludere la pretesa limitazione a carico del creditore di un commerciante: male poi si invoca l'interesse di quest'ultimo, di cui si scuoterebbe altrimenti il credito, sia perchè è tale argomento che potrebbe al caso aver valore *de iure condendo* e non *de iure condito*, dove non si ha alcuna disposizione che renda inapplicabile l'Art. 1176 ai commercianti, o che quanto meno dichiari diverso a loro riguardo il concetto di insolvenza ivi enunciato. E poi non è invece la tesi avversaria quella che più pregiudica il commerciante, costringendo il creditore singolo che si accontenterebbe, a presidio del proprio avere, del rimedio dell'Art. 1176, a procurare invece la maggior rovina del debitore col provocarne il fallimento? Si pensi inoltre che l'espressione non solvenza fu nell'Art. 1176 sostituita, come si è visto, alla parola fallimento usata dal Codice francese. con intento di allargarne l'applicazione, e però si andrebbe contro la mente del legislatore col

(1) Sent. 24 Luglio 1882 in causa Schiaffino c. Banco sconto e sete di Torino (*Giurisprudenza,* XIX, pag. 655).

(2) Nel *Monitore dei Tribunali*, XXVIII (1887), pag. 345-355, col titolo *L'Art. 1176 del Codice civile nelle sue attinenze col Diritto commerciale.*

(3) Così il VIDARI nel *Filangieri*, il PAGANI in nota alla sentenza della Cassazione nella *Temi Veneta*, il PICCAROLI nella *Giurisprudenza,* il RICCI nella *Giurisprudenza italiana*, il CUZZERI nel *Monitore dei Tribunali*, il CORSI nella *Legge.* Le osservazioni loro sono riprodotte nella parte sostanziale nella *Temi Veneta* del 1887, pag. 477 e segg. Vi si aggiungano ERRERA, *L' insolvenza del commerciante* ecc. nel periodico *Il Diritto commerciale* del 1888, VI, pag. 305-330, e PATRIOLI, *loc. cit.,* n. 32 e segg., pag. 658 e segg. (del *Dig. it.,* Vol. IX, parte I). Per una soluzione ecceletica sta il BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti* (Torino, Bocca 1892), n. 244 *bis*, pag. 515-517.

darvi qui invece simile interpretazione restrittiva. Finalmente parmi decisivo il riflesso che, giusta l'Art. 687 del Codice di commercio, la dichiarazione di fallimento di un commerciante per cessazione dei pagamenti può essere chiesta soltanto dai creditori per causa di commercio. Laonde rimarrebbero disarmati, privi ingiustamente di ogni soccorso, se si adottasse la teoria oppugnata, i creditori del commerciante per causa civile, i quali nè potrebbero valersi dell'Art. 1176 visto il concetto speciale di insolvenza del commerciante messo innanzi dalla Cassazione toscana, nè farne dichiarare il fallimento, rimanendo eventualmente spettatori passivi di fronte ai ripieghi sempre più rovinosi, coi quali il loro debitore riuscisse a tenersi in bilico continuando i pagamenti sì da evitare il fallimento.

Contro la conclusione ora esposta, cioè per la inapplicabilità dell'Art. 1176 a debitori commercianti, sta il BONELLI nel lavoro poc'anzi ricordato. Ma a me pare ch'egli dalla giusta censura della massima sancita nell'Art. 1176, che io con lui fo voti *de iure condendo* venga in questa parte modificato, siasi lasciato dominare un po' troppo nel decidere *de iure condito*. Sono certo interessanti le sue osservazioni (desunte anche dalla storia della *déconfiture* francese) sul concetto di *non solvenza* che qui sarebbe adoperato in senso lato, ma io credo si spuntino dinanzi al fatto della sostituzione di questa espressione a quella *faillite* del Codice francese e del potersi benissimo anche il commerciante trovare in quello stato di non solvenza (diverso assai dalla cessazione dei pagamenti) che da solo motiva la decadenza dal beneficio del termine e non fa luogo invece al fallimento. Il che risponde anche alla osservazione del BONELLI, che il giudice cui si domanda dal creditore singolo del commerciante l'applicazione dell'Art. 1176 ha da pronunciare il fallimento d'ufficio. Lo stesso BONELLI che ciò afferma non si nasconde del resto la difficoltà della cosa in taluni casi, come se la domanda di applicazione dell'Art. 1176 sia, per ragione di competenza territoriale, prodotta dal creditore singolo ad un'autorità giudiziaria ben diversa da quella competente a pronunciare il fallimento. E poi

resterebbe sempre, dato che del fallimento ricorressero gli estremi e l'autorità giudiziaria non facesse il dover suo di pronunziarlo d'ufficio, che il creditore per causa di commercio avrebbe modo di muoversi egli per farlo dichiarare, e nessuna via sarebbe invece aperta, come poc'anzi si è detto, al creditore per causa civile.

Diversa dalla questione sin qui trattata è l'altra, se l'Art. 1176 si applichi alle cambiali in caso di insolvenza dell'accettante o dell'emittente. La cambiale è sì atto di commercio (Art. 3, n. 12 Cod. comm.), ma ne fanno uso anche non commercianti e dai commercialisti si insegna altresì che nemmeno il fatto di chi si obbliga abitualmente con forme cambiarie, mette cioè via via in circolazione parecchie obbligazioni cambiarie, imprime di per sè carattere di commerciante, chè tale è chi esercita atti di commercio per professione abituale, e non costituisce certo professione, cioè occupazione sistematica, condizione di vita sociale, la firma di cambiali (1). Su di ciò m'indugio perchè mi è parso di vedere qualche volta fuse e confuse insieme le due questioni, quella cioè testè risoluta e questa che ora si affronta (2).

Gli argomenti principali di chi nega sia qui applicabile l'Art. 1176 sono così riassunti da uno dei più autorevoli sostenitori di tale opinione, il VIVANTE (3): 1°) La scadenza nella cambiale ha da essere unica (Art. 252 Cod. comm.): invece, se la cambiale scadesse per l'accettante prima del termine a cagione della sua insolvenza, si avrebbero più scadenze, una per lui, l'altra per gli obbligati in via di regresso, non potendosi certo ammettere che si anticipi la scadenza anche per loro, che vedrebbero così mutata la legge del contratto in un requisito essenziale; 2°) L'osservanza del termine nella cambiale non è a solo beneficio del debitore, ma a tutela di tutti coloro che presero parte alla sua circolazione ed è per ciò che la legge (Art. 294) dichiara responsabile della validità del pagamento chi lo anticipa.

---

(1) Cfr. VIVANTE, *op. cit.*, I, n. 109, pag. 197 e autori e sentenze ivi citati.

(2) Così, forse pel carattere di ricorso o allegazione forense, nello scritto di C. NORSA, *L'Art. 1176 del Codice civile, la cambiale e il fallimento* in *Monit. dei Tribunali*, vol. XXVII (1887), pag. 453-460.

(3) VIVANTE, *op. cit.*, Vol. III (3ª ediz.), n. 1208 e 1209, pag. 398-400, ove alla nota 201, pag. 399 è presentato lo stato della dottrina e della giurisprudenza.

Pongasi che al vero creditore, proprietario della cambiale, essa sia stata sottratta, o ch'egli l'abbia smarrita. Egli si tutelerà facendo opposizione al pagamento presso il trattario accettante o l'emittente (Art. 298 Cod. comm.) e colla procedura di ammortamento (Art. 331 Cod. comm.), ma a ciò basterà pensi prima della scadenza: ora il pagamento anticipato lo priverebbe di queste necessarie difese; 3°) Trattandosi di cambiale tratta vi ha poi un ben diverso rimedio ch'è somministrato dal Codice di commercio e che non è possibile concorra con la sanzione dell'Art. 1176 Cod. civ., sì che deve ritenersi disposto in sua vece; ed è quello che risulta dall'Art. 315 così concepito: « Il possessore di una cambiale accettata ha diritto di chiedere cauzione ai giranti ed al traente, se l'accettante sia fallito, od abbia sospeso i pagamenti, o se una esecuzione contro di lui sia riuscita inutile, qualora provi nei modi stabiliti nella sezione VIII (intitolata « *Del protesto* ») che la cauzione non fu prestata dall'accettante e che una nuova accettazione non potè ottenersi dalle persone indicate al bisogno ». Qui dunque si parla di *cauzione*, che si ha anzitutto diritto di chiedere all'accettante e la contraddizione non consente che si possa chiedere cauzione a chi deve pagare senza ritardo.

Solo quando, conclude il VIVANTE, e ciò per entrambe le forme di cambiale (la tratta cioè e il pagherò, o cambiale propria o vaglia cambiario) il possessore della cambiale si trovi di fronte a colui col quale ha originariamente contrattato (es. il prenditore del vaglia cambiario, che non lo ha posto in circolazione, di fronte all'emittente) potrà rinunziare ai mezzi cambiarî per valersi dei mezzi che il contratto fondamentale gli offre e, fra questi, della decadenza dal beneficio del termine di cui all'Art. 1176 Cod. civ.

In contrario senso ricordo specialmente il BOLAFFIO (1). E talune sue obbiezioni sono certamente molto serie. Quanto specialmente all'ultimo argomento, che cioè ben altra guarentigia somministrò il Codice mercantile col predetto sistema delle cauzioni, è intanto molto grave cosa il fatto che tale guarentigia difetta per tutta una categoria di cambiali, cioè pei pagherò. E anche nell'altra categoria si può dire ch'essa rappresenti un rimedio non sostituito necessariamente, ma offerto in via alternativa con l'Art. 1176 Cod. civ. Si varrà il portatore della cambiale verso l'accettante dell'uno o dell'altro a sua

---

(1) BOLAFFIO, cit. memoria inserita nel *Monit. dei Trib.* del *1887*, nei primi quattro Capitoli, pag. 345-348.

scelta. E all'altro capitale argomento desunto dalla necessaria unicità di scadenza (a parte ch'essa nell'Art. 252 Cod. comm. parmi piuttosto prescritta nel senso di escludere che la cambiale venga *stilata con pluralità di scadenze rateali*) si obbietta il doppio carattere della cambiale, ch'è documento comprovante un'obbligazione preesistente e al tempo stesso titolo di credito circolante in commercio. Sotto il primo aspetto non diversifica dagli altri documenti, proverà dunque un debito da pagare a termine, e il debitore ne perderà il beneficio se cade in istato di insolvenza. Considerato invece sotto il secondo aspetto, la scadenza originaria resterà per gli altri soscrittori della cambiale invariata, chè il titolo di credito prosegue la sua esistenza economica. Ed essi, lungi dall'avere di che lagnarsi per la violazione di una teoretica unicità di scadenza, vedranno volentieri il possessore della cambiale agire nel modo più rapido verso il comune debitore considerandolo decaduto dal termine, il che aumenterà la probabilità che giunga in tempo a colpirlo prima che l'insolvenza declini a rovina e, riuscendo egli, se ne avvantaggieranno perchè non ci sarà più luogo ad agire in via di regresso verso di loro.

74. *bis.* Le altre due cause di decadenza dal beneficio del termine si riferiscono alle cautele date o promesse dal debitore a guarentigia della sua obbligazione, cautele che possono essere o personali (fideiussione) o reali (pegni, ipoteche). Occorre qui, perchè avvenga la decadenza, il concorso di due elementi, uno oggettivo ed uno soggettivo. L'elemento oggettivo consiste nel fatto di diminuire le cautele date o di non fornire quelle promesse. Nè occorre si tratti di cautele date o promesse contemporaneamente al contratto (o in genere al titolo costitutivo dell'obbligazione). Il Codice francese in verità parla di cautele che il creditore aveva date *dans le contrat*, tuttavia dottrina e giurisprudenza francese estendono generalmente la massima anche al caso di cautele date posteriormente (1): orbene, il nostro legislatore mostrò di voler accogliere siffatta interpretazione col sopprimere quelle parole. L'elemento subbiettivo consiste nell'imputabilità del fatto al debitore, dicendolo l'Art. 1176 decaduto dal benefizio del ter-

(1) Cfr. *Pandectes françaises* cit., v.° *Obligations*, n. 1463, pag. 191.

mine quand'egli *per fatto proprio* ha diminuite le cautele date (es. gravemente danneggiando la casa ipotecata) o non fornite le cautele promesse. L'Art. 1176 dunque non si applicherebbe se ciò provenisse da caso fortuito. Dato il quale tuttavia altre disposizioni verrebbero in soccorso del creditore. Così, trattandosi di fideiussione, se il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia in appresso caduto in istato di insolvenza, non per questo il debitor principale decade dal benefizio del termine, egli deve bensì dare un altro fideiussore in luogo di quello, al che si fa eccezione sol quando il fideiussore divenuto insolvente non sia stato dato che in forza di una convenzione con la quale è stato proprio il creditore a volere per garante quella tal persona (Art. 1906). Se trattisi di ipoteca, datochè perissero i beni ipotecati o si deteriorassero così da diventare insufficienti alla sicurezza del creditore, dice l'Art. 1980 che questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca, ed in mancanza al pagamento del suo credito. Anche qui dunque non avviene la decadenza senz'altro dal beneficio del termine a carico del debitore, il quale la può evitare dando un supplemento di ipoteca. Invece quando si tratta di decadenza dal termine per colposa diminuzione delle cautele, non c'è supplemento che tenga, la decadenza oramai è incorsa dal debitore *ipso iure*, com'è regola per tutte e tre le cause contemplate dall'Art. 1176.

74. ter. Le ultime parole del numero precedente ci portano a qualche dilucidazione sugli effetti della decadenza dal termine, intorno ai quali corrono e si tramandano dagli autori francesi ai nostri alcune idee che non credo perfettamente esatte. Con l'asserire incorsa la decadenza *ipso iure* all'avverarsi di una delle ipotesi dell'Art. 1176 non si vuol dire che si abbia, senz'altro e sempre, a prescindere da una dichiarazione giudiziale. Come la compensazione si fa di diritto in virtù della legge, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti (Art. 1286 Cod. civ.) e tuttavia occorre che l'interessato la invochi, come della perenzione d'istanza è statuito che «si opera di diritto» e pur subito si soggiunge che «chi intende approfittarne

deve proporla espressamente prima d'ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunziato» (Art. 340 Cod. proc. civ.). così ha da intendersi la cosa nel caso nostro. L'operare della decadenza *ipso iure* è nel senso che il giudice non potrebbe (a differenza di ciò che gli consente l'Art. 1165) accordar proroghe, ma deve, ove il creditore la richiegga, necessariamente pronunziarla o, meglio direi, dichiararla avvenuta dopo avere riconosciuto che ne ricorrono gli estremi, e con effetto ex tunc, cioè dal momento in cui si avverarono. Viceversa l'interessato ha facoltà piena di non valersi di siffatta misura radicale che la legge gli accorderebbe. E praticamente poi avverrà, dato che di tale facoltà egli si valga, che intervenga un giudicato a riconoscere i fatti determinanti la decadenza, bisognosi, specie nel caso dell'insolvenza, di prove non sempre facili. Tant'è che autori i quali annunziano l'operare *ipso iure* della decadenza nel senso che nessun giudicato intervenga, lo richiedono poi perchè il credito ormai senz'altro esigibile, possa opporsi in compensazione di un debito proprio verso il debitore decaduto dal termine (1). Il vero è dunque non tanto che da sentenza di giudice si astragga, quanto che il giudice non può intervenire con sanatorie di sorta, ma ha da pronunziare la decadenza semprechè ne ricorressero gli estremi allora ch'essa fu chiesta.

Si ripete poi da tutti i nostri l'insegnamento, comunissimo in Francia (2), che il creditore, il quale ottiene anticipato il pagamento non ha obbligo alcuno di fare lo sconto (3). Trattisi di un credito infruttifero, sia pure a lunga scadenza: il debitore, incorso in uno dei casi dell'Art. 1176, decade dal termine e il creditore avrà il rilevante vantaggio di subito riscuotere e poter reimpiegare utilmente la somma, senza falcidia alcuna per l'inatteso ricupero. L'illustre GIORGI scrive in proposito: «Per quanto dura riesca questa massima, pure è legittimo corollario della decadenza, in cui è incorso il debitore. Prova ne sia che, discutendosi il Codice di Commercio francese, fu proposto da taluno fra i componenti la Commissione legislativa di permettere che il debitore facesse lo sconto; ma tale proposta non

---

(1) Così p. es. il GIORGI, *op. cit.*, Vol. VIII, n. 17, pag. 28 (7ª. ediz.).

(2) Veggasi BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, T. II, n. 1033 pag. 197 e gli autori ivi citati.

(3) Così BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 67-68, GIORGI, *op. cit.*. Vol. IV, n. 415, pag. 513, RAMPONI, *op. cit.*, n. 37, pag. 72.

ebbe accoglienza, essendosi voluto che la decadenza avesse tutti i caratteri di una vera e propria pena contro il debitore, nè potesse mai danneggiare il creditore, costringendolo a pagare uno sconto che potrebbe riuscirgli pregiudicevole » (1). Ora più cose io troverei qui da obbiettare. Anzitutto questa pena civile, se così vogliamo considerare la decadenza, apparisce, spinta che sia fino alla perdita dell'*interusurium*, non solo dura ma iniqua almeno in uno (e certo il più saliente) dei casi contemplati dall'Art. 1176, quello cioè di insolvenza, la quale può ben essere indipendente da qualsiasi colpa del debitore. L'invocare poi a sostegno di codesta massima, che pur si dichiara e si riconosce *dura*, quanto fu detto discutendosi il *Codice di commercio francese* non pare concludente ove si rifletta che proprio in materia di *fallimento* (la *faillite*, sola contemplata dalla lettera dell'Art. 1188 Cod. civ. francese, corrispondente al nostro 1176) la *nostra legislazione commerciale* ha espressamente sancito un principio opposto a quello che si vorrebbe adottare nell'applicazione dell'Art. 1176 Cod. civ. È noto infatti che, dichiarato il fallimento, i debiti a termine del fallito s'intendono senz'altro scaduti (Art. 701 Cod. comm.), ma che quando poi si viene alla fase finale della liquidazione del passivo, ci sta nel nostro Codice di commercio tanto di articolo che rende obbligatorio lo sconto per quei crediti ammessi al passivo e non ancora scaduti che siano infruttiferi. È l'Art. 768, che suona: « I crediti non fruttanti interesse non ancora scaduti alla data della dichiarazione del fallimento sono ammessi al passivo per l'intiera somma, colla espressa riserva, che il pagamento di ogni singola ripartizione dovrà consistere in una somma la quale, calcolati gl'interessi composti in ragione del cinque per cento all'anno per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito, equivalga alla somma della quota di ripartizione ». Del resto anche fuori della procedura collettiva fallimentare, e proprio nel Codice civile nostro altra disposizione si incontra, dalla quale argomentare con tutta sicurezza contro la tesi comunemente adottata. Alludo all'Art. 2090 relativo alla spropriazione forzata degli immobili del debitore e più precisamente alla graduazione e distribuzione del prezzo degl'immobili spropriati fra i creditori. Vi si dice che « coll'apertura del giudizio di graduazione . . . . . i crediti con mora diventano esigibili », ma tosto si soggiunge: « ove però tali crediti non producano

---

(1) Nel luogo citato alla nota che precede.

interessi, la somma collocata sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali, e gli interessi saranno pagati a chi di ragione », e questo *chi di ragione*, cui gli interessi profittano, potrà essere, in mancanza di altri creditori insoddisfatti, lo stesso debitore esecutato, come chiaramente risulta dalla *Relazione Pisanelli* (1). Quest'ordine di idee a cui fanno plauso, trovandolo veramente razionale, e civilisti e proceduristi (2), parmi decisivo pure nel tema di cui stiamo occupandoci e in modo particolare nel caso in cui l'insolvenza sia la causa per cui si applichi l'Art. 1176 Cod. civ.

75. Durante la pendenza del termine a favor del debitore o d'ambe le parti, il creditore, se non può esigere il credito, può tuttavia procedere ad atti conservativi del credito stesso, la cui sussistenza è indubbia. Va notato poi che finchè il termine pende non corre prescrizione a danno del creditore, norma di evidente giustizia, sancita dall'Art. 2120, ultimo comma.

Tanto sul *dies a quo*. Riguardo al *dies ad quem* o termine finale, che si presenta nei negozî aventi tratto successivo, ma non nei soli contratti, come fu detto da taluno (3), (basti pensare al caso di un legato cui sia aggiunto un *dies ad quem*) è causa, come già si è notato (v. s. n. 51, pag. 231) di cessazione *ex nunc* del rapporto giuridico, e la sede più opportuna ad occuparsene è quella delle cause di estinzione delle obbligazioni.

Dopo di avere così discorso dell'adempimento delle ob-

---

(1) *Relazione Pisanelli sul Progetto del 3°. Libro del Cod. civile*, n. 222 pag. 145 della *Collezione Gianzana* Vol. I: « . . . *Al fine di non recare un vantaggio ingiusto al creditore con mora a danno degli altri creditori o del debitore*, fu stabilito che quando il suo credito non sia produttivo d'interessi, la somma dovutagli sarà versata nella cassa dei depositi giudiziali e gli interessi saranno pagati a chi di ragione ».

(2) Mi basti ricordare BORSARI, cit. *Comment. del Cod. civ.*, Vol. IV, p. II, sull'Art. 2090, §. 4349, pag. 785, MATTIROLO, *Tratt. di Dir. giudiziario civ. it.*, Vol VI (5ª. ediz. Torino, Bocca 1906), n. 745, pag. 588, CESAREO CONSOLO, *Trattato della espropriazione contro il debitore*, Vol, IV 3.ª ediz., Torino, Unione 1913), n. 13, pag. 395.

(3) P. es. dal GIORGI, *op. cit.*, IV, n. 396, pag. 491.

bligazioni in generale, veniamo a dir brevemente delle speciali norme che regolano l'adempimento dei debiti concernenti danaro, già segnalati come una categoria a sè di obbligazioni nel parlare dell'oggetto (v. s. n. 45, pag. 231).

SEZIONE IV.

Soddisfacimento di obbligazioni di danaro.

SOMMARIO: 76. Obbligazioni di somma con o senza determinazione della specie di moneta: L'Art. 1821. — 77. Obbligazioni aventi per oggetto un numero di monete di data specie: L'Art. 1822. — 78. Del regime monetario cartaceo a corso forzoso: questioni relative. — 79. Debiti di monete precisate nella loro individualità. Breve accenno al deposito irregolare. — 79 bis. Questioni sull'ordinamento legale della moneta estranee alla nostra trattazione.

76. Sappiamo che il caso normale, cui veramente si attaglia la denominazione di debito pecuniario in senso stretto, lo si ha quando l'obbligazione è di una data somma di danaro, senza riguardo alcuno alla qualità monetaria. Allora il pagamento è validamente fatto con qualunque specie di moneta avente in quel momento *corso legale* (sia pur diversa da quella che si fosse originariamente ricevuta). In conformità a ciò l'Art. 1821 del Codice, posto sotto il titolo del mutuo, ma estensibile, per universale consenso, al pari del successivo, ai pagamenti pecuniarî in genere, stabilisce che il mutuatario adempie il suo obbligo quando restituisce la somma numerica prestata in quella specie qualsiasi che trovisi in corso al tempo del pagamento.

L'articolo stesso accentua che è questa somma numerica indicata nel contratto che deve restituirsi, non più nè meno, anche se nel frattempo è avvenuta diminuzione od aumento nelle monete. Risolvendo dunque una disputa ch'era molto dibattuta nella dottrina intermedia, dietro l'esempio del Codice francese (Art. 1895), ispiratosi in questa parte alla pratica che vigeva in Francia, dichiarata non senza censura dal POTHIER (1), il nostro legislatore, quando si tratta di obbliga-

(1) POTHIER, cit. *Contrat du prêt de consomption*, n. 36, pag. 38-39.

zioni di somma, segue il criterio del valor nominale o legale della moneta (*bonitas extrinseca*), cioè del valore attribuito alla moneta dal legislatore, sia esso dichiarato, come avviene di regola, nel conio stesso della moneta, sia altrimenti, ad es. per legge, e non già il criterio del valore intrinseco (*bonitas intrinseca*), cioè del valore reale del metallo onde la moneta risulta, tenuto pur conto della lega, e nemmeno quello del valore di corso o mercantile, cioè il valore per cui realmente la moneta è ricevuta in commercio (1). Suppongasi dunque un prestito di cento lire che Tizio mi ha fatto dandomi cinque pezzi da venti lire in oro. Prima che giunga la scadenza del mutuo entra in vigore una legge che alza il valor nominale di ciascuno di quei pezzi portandolo da venti a venticinque lire. Allora, trattandosi per ipotesi di un debito di somma, io alla scadenza lo adempirò esattamente restituendo a Tizio quattro anzichè cinque di quei pezzi d'oro. Analogamente se venisse alterata la composizione di quei dischi d'oro, tenendosene fermo il valor nominale (lire venti), ma scemando p. es. di un quinto la quantità d'oro fino in ciascun d'essi contenuto, io non sarò obbligato a restituire sei di questi dischi, con che darei un valore intrinseco uguale a quello che ho ricevuto, ma un valore nominale per venti lire superiore, bensì adempirò al mio debito dando a Tizio cinque di siffatti dischi (2).

Simili alterazioni, improbabili oggigiorno, non lo furono nei tempi andati: si pensi alla falsificazione di monete che principi e Stati varî non si peritarono di compiere nell'età di mezzo. Potrebbe del resto avvenire che, senza alcuna idea di frode, le dette variazioni si effettuassero allo scopo di mettere in più esatto rapporto il valor nominale col valor commerciale. È noto che legalmente fra noi il rapporto fra l'oro

(1) ARNDTS-SERAFINI, cit. *Pandette* Vol. II, § 205, nota 1, pag. 19-20.

(2) Fra gli autori moderni che approvano la norma adottata dal Codice va segnalato il GUILLOUARD, cit. *Contrat du prêt*, n. 81, pag. 97. Nelle precedenti pagine (95-97) si trovano accennati i principali autori che sostenevano nell'antico Diritto francese l'una o l'altra teoria.

e l'argento è di uno a quindici e mezzo, ma in realtà l'argento è così invilito, che ne occorrono in oggi ben più di Kg. quindici e mezzo per l'acquisto di un Kg. d'oro: potrebbe dunque accadere che, uscendo da quel rapporto legale, non rispondente al vero stato attuale di cose, senza dunque alcun intento meno che onesto, il legislatore procedesse alle alterazioni dianzi accennate.

Dunque, riassumendo, un'obbligazione di somma viene eseguita esattamente col dare tanta moneta quanta occorre a rappresentare al valor nominale detta somma, con facoltà di scegliere all'uopo fra le varie specie di moneta che abbiano tutte egualmente corso legale, il che porterà in pratica i debitori a soddisfare l'obbligazione con quella specie che commercialmente val meno, p. es. con venti scudi d'argento, o meglio forse con cento lire in carta, il mutuo ricevuto in cinque pezzi d'oro da lire venti. Soltanto dobbiamo avvertire che, attesa l'incomodità che importerebbe il pagamento di grossa somma in moneta spicciola, e attesa pure la notevole differenza che in questa moneta spicciola corre fra il valore reale e l'apparente, sono stabiliti dei limiti oltre i quali non si è tenuti a ricevere nei pagamenti moneta divisionaria d'argento (e a fortiori moneta di nichelio o rame).

Colgo l'occasione per avvertire che del nostro sistema monetario, per ciò che riguarda le specie metalliche (della moneta cartacea a ripristinato corso forzoso si dirà al n. 78 in fine), sono fondamentali le norme contenute nella Legge 24 Agosto 1862 n. 788 *sull' unificazione del sistema monetario*, estesa via via alle altre parti dell'Italia unificata, e nella Convenzione monetaria 6 Novembre 1885 stipulata a Parigi fra l'Italia, la Francia, la Grecia, la Svizzera e il Belgio, resa esecutoria in Italia con Legge 30 Dicembre 1885, n. 3590 serie 3ª (convenzione che riproduce la precedente del 5 Novembre 1878, la quale a sua volta riproduceva e continuava l'altra *originaria* del 23 Dicembre 1865). Ma bisogna tener presente la modificazione alla Convenzione in favore dell'Italia, per ovviare all'esodo persistente delle nostre monete divisionarie d'argento, modificazione apportata con l'*Arrangement* (accordo monetario) sottoscritto a Parigi il 15 Novembre 1893, ivi ratificato il 25 Marzo 1894 e reso esecutorio in Italia con Leg-

ge 29 Marzo 1894, n. 114 e il relativo Protocollo addizionale 15 Marzo 1898 reso esecutorio in Italia con L. 7 Gennaio 1899 n. 3 (e relativa L. 16 Febbraio 1899 n. 45). Monete d'oro e pezzi da 5 Lire d'argento di ugual titolo (900 millesimi di fino) ed ugual tolleranza in peso e in titolo a qualunque degli Stati dell'Unione appartengano, hanno da noi corso legale. E così le monete divisionarie d'argento (da L. 2, L. 1 ecc.) del titolo di 835 millesimi di fino, anche qui con identica reciproca tolleranza nel peso e nel titolo. Ma mentre le Casse pubbliche devono ricevere pagamenti in monete divisionarie d'argento senza limiti, i privati non sono costretti a riceverne per più di Lire cinquanta (Art. 7 della Legge fondamentale del 1862, Art. 5 della citata Convenzione monetaria e Art. 6 e 7 della stessa, però parzialmente modificati dal succitato *Arrangement* di Parigi del 1893). Ma anche certe monete d'oro e d'argento di taluni Stati non appartenenti alla Unione cosidetta latina, ed altre di cessati Stati italiani hanno corso legale. Oggidì esse risultano dall'elenco allegato all'articolo unico del R. Decreto 7 Marzo 1907, n. 149.

Nulla di internazionale (se si eccettui quanto il Decreto or ora citato fissa per taluni pezzi da 10 e da 5 centesimi della Repubblica di S. Marino) presenta il corso di monete di nichelio e di bronzo. La moneta di bronzo può essere impiegata nei pagamenti soltanto a compimento delle frazioni di lira (Art. 7 capov. della Legge fondamentale del 1862). Quanto alle monete di nichelio il limite di tolleranza è di lire cinque per ogni pagamento (Art. 4 del R. Decreto 23 Gennaio 1908, n. 22), salva la disposizione dell'Art. 3 del R. Decreto 28 Marzo 1894, n. 112, relativo al pagamento dei dazi di importazione, per cui dette monete sono accettate dalle Dogane soltanto per le frazioni di lira.

Dicemmo già altrove che resta debito pecuniario in un senso un po' più largo anche il caso in cui con la somma sia stata determinata altresì la specie metallica onde effettuare il pagamento. Ti presto cento lire, da restituirmi in oro. Rimarranno allora escluse le altre specie monetarie, ma permane la regola dianzi enunciata che il pagamento si faccia avuto riguardo al valor nominale.

77. Ma dove la cosa muta invece affatto d'aspetto, e solo impropriamente dicemmo potersi parlare di debito pecuniario, è quando oggetto di esso non è una somma, ma un determi-

nato numero di monete di una determinata specie. Esempio: Ti presto, e tu mi dovrai restituire cinque napoleoni d'oro. Allora le monete sono considerate come altrettante cose fungibili: il debitore deve pagare quel determinato numero di monete di quella data specie, giusta il valore metallico delle medesime al momento in cui il debito fu contratto, senza punto badare al loro estrinseco valore, il quale può essere indifferentemente cresciuto o diminuito nel frattempo (1). Di qui il disposto dell'Art. 1822, il quale, colmando una lacuna del Codice francese, stabilisce: « La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo quando siansi somministrate monete d'oro o d'argento, e ne sia stata pattuita la restituzione nella medesima specie e quantità ». Esempio: Il valore estrinseco, nominale dei napoleoni è salito, la legittima Autorità cioè ha stabilito che ciascuno di quei dischi valga venticinque lire anzichè venti, o invece è disceso, la legittima Autorità cioè ha dichiarato che d'or innanzi ciascuno di quei dischi d'oro rappresenti dieci e non venti lire. Ciò non per tanto il mutuatario dovrà sempre restituirne cinque, e non già quattro nel primo, o dieci nel secondo caso. Per un concetto poco esatto dal punto di vista dell'economia politica riguardo alla natura e funzione della moneta e per un esagerato ossequio alla volontà del Principe, dalla quale soltanto ritenevasi poter dipendere la distribuzione della moneta ai privati col valore ch'egli credeva bene di attribuirgli, il POTHIER dichiarava invece di aver difficoltà ad ammettere come valide simili convenzioni (2).

Sarà una questione di indagine di volontà quella di decidere in pratica volta per volta se in un debito pecuniario si volle aver riguardo semplicemente alla somma nel senso dell'Art. 1821 o invece alle specie monetate (*genus*, non *quantitas*) nel senso dell'Art. 1822. Certo un argomento assai forte

---

(1) SCHUPFER, *op. cit.*, pag. 16.

(2) POTHIER, cit. *Contrat du prêt de consomption*, n. 37, pag. 39.

(se non per sè solo decisivo (1)) sarà l'indicazione del debito in moneta estera (ti vendo il mio cavallo e tu mi darai cento fiorini) perchè il contratto abbia a considerarsi della seconda specie. Troviamo tuttavia che in materia commerciale è assolutamente necessario, perchè la indicazione della moneta estera imprima tal carattere al contratto, che vi si aggiunga la clausola «effettivo» od altra equivalente (Art. 39 Cod. comm.) (2).

Una volta accertato che trattasi di obbligazione di quelle tali specie monetate e non di somma, come regolarsi se avvenga un'alterazione nella *bonitas intrinseca* o contenuto metallico della moneta? Si diminuisce il fino nella coniazione dei dischi da venti lire: *quid iuris* se io ricevetti cinque napoleoni d'oro e promisi di restituirne altrettanti? Allora o mi sarà possibile di trovare i cinque napoleoni del precedente conio, tali e quali li ho ricevuti, e soddisferò con essi il debito, o altrimenti dovrò dare il valore intrinseco che quelle monete avevano al tempo in cui furono mutuate, o, per dirla più in generale, al tempo in cui l'obbligazione è sorta (3), pagherò dunque bensì con la moneta oggi corrente, ma ragguagliata al valore intrinseco delle precedenti monete (4). In ugual modo, cioè effettuando siffatto ragguaglio, dovrà soddisfarsi un debito di specie metalliche nel caso in cui sia assolutamente impossibile prestare quelle specie metalliche, perchè irreperibili o perchè demonetate. A stretto rigore, dal momento che in questa forma di debiti monetarî il danaro

---

(1) Come vorrebbe dovesse essere e lamenta non sia il BOLAFFIO cit. *Note sui debiti monetari*, n. 3 pag. 6. Il lavoro del Bolaffio fu poi da lui rifuso nel Vol. I, Parte I del *Commento al Codice di Comm.* di Verona, pag. 469-489 della prima edizione (Verona, Tedeschi 1883).

(2) Veggasi su questo Art. 39 Codice Comm. VIVANTE, *La moneta straniera nei pagamenti*, nel periodico *Il Diritto Commerciale*, Vol. XVI (1898) col. 162-170. Egli osserva contro il BOLAFFIO che non è qui il danaro trattato come merce ad onta della specificazione della moneta estera, bensì nella sua normale funzione di mezzo di pagamento.

(3) BOLAFFIO, *op. cit.*, n. 8, pag. 11.

(4) GIORGI, *op. cit.*, VII, n. 24, pag. 39 (7ª ediz.).

non è considerato nella sua funzione normale, perchè *non quantitas spectatur sed corpora*, l'impossibilità assoluta e non imputabile al debitore di dare i corpi promessi, cioè quelle tali specie metalliche, dovrebbe esonerarlo da qualsiasi obbligazione (1). Ma il carattere di danaro, in fin dei conti inscindibile dai corpi in questione, comunque considerati dalle parti, spiega l'opposta conclusione. Lasciò scritto in proposito lo SCACCIA: « Omnis iustitia omnisque aequitas postulat ut debitor qui non potest solvere in forma praecisa in qua est obligatus, valeat se liberare solvendo in aequivalenti (2) ». Quanto siamo venuti esponendo sin qui è illustrazione del capov. dell'Art, 1822.

78. In relazione ai casi di debiti pecuniarî sin qui esaminati merita un cenno a parte l'ipotesi che il regime monetario vigente sia quello del corso forzoso. Si è obbligati allora a ricevere nei pagamenti la carta moneta inconvertibile, inconvertibilità che distingue appunto il forzoso dal corso legale. Ciò beninteso per i pagamenti da farsi all'interno, chè per quelli da effettuare all'estero occorrerà procurarsi e adoprare moneta metallica, mentre la legge di uno Stato introduttiva del corso forzoso non può vincolare gli stranieri ad essa non soggetti. Si forma allora naturalmente, per un concorso di cause la cui esposizione spetta all'Economia politica, l'aggio più o meno elevato della moneta metallica sulla cartamoneta (3). Introdotto il corso forzoso e finchè esso dura è a ritenersi privo di effetto il patto che non si possa pagare altrimenti che in moneta metallica: ciò equivarrebbe a togliere al biglietto a corso forzoso il carattere di moneta, cioè di

(1) BOLAFFIO, *op. cit.*, n. 9, pag. 12, che all'obbiezione risponde pure nel modo indicato nel testo.

(2) SCACCIA, *De commerciis et cambio* (Coloniae, Böetzer 1620), § 2, gloss. 3, n. 115, pag. 328. Egli però va tropp'oltre, accordando tale sostituzione anche per semplice *difficoltà* di reperire le monete pattuite.

(3) Cfr. fra tanti, VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, Vol. II (5ª ed. Milano, Hoepli 1901), nn. 1967 e segg. pag. 654 e segg. e FERRARIS, *Moneta e corso forzoso* (Milano, Hoepli 1879), pag. 17 e segg.

mezzo giuridicamente riconosciuto pei pagamenti attribuitogli per ragioni d'ordine pubblico dal legislatore, al quale proposito merita oltre a tutto di essere ricordato l'Art. 441 del Codice penale, per cui «chiunque rifiuta di ricevere per il loro valore monete aventi corso legale nello Stato è punito con l'ammenda sino a lire cinquanta» (1). Se dunque si è detto ti presto mille lire da restituirmisi in oro, il mutuatario, vigente il corso forzoso, si libera dandomi le mille lire in carta. E sarebbe forse azzardato il ritenere che, se non civile, fosse qui naturale l'obbligazione del pagamento in oro.

Le opinioni poi nella dottrina e nella giurisprudenza sono divise circa la validità del debito avente per oggetto specie metalliche, quello dunque contemplato nell'Art. 1822, ove sia in vigore il corso forzoso. C'è chi lo ritiene inefficace, ed opina quindi che anche un debito in tal modo stabilito possa estinguersi in carta-moneta, facile essendo altrimenti eludere la legge introduttiva del corso forzoso, ch'è d'ordine pubblico, con l'inserire nell'atto costitutivo dell'obbligazione un simile patto che diventerebbe di stile (2). Altri invece, osservando che in tale caso le monete sono assunte come merci fungibili e non come danaro, tengono ferma l'applicabilità dell'Art. 1822 e quindi valido simile patto anche vigente il corso forzoso (3).

Dato pure che si accolga la negativa, cioè l'opinione più rigida, non ne viene che pure in senso negativo debba risolversi un'altra questione, certamente affine, se tenga cioè l'obbligo assunto di pagare l'aggio, *idest* tanto di più della somma nominale pattuita, che rappresenti il compenso corrispondente al deprezzamento della carta moneta in confronto della moneta metallica. Prestate a Tizio lire mille, o vendutegli merci

---

(1) Cfr. BOLAFFIO, *loc. cit.*, n. 10, pag. 13 e VIDARI, *op.* e *vol. cit.*, n. 1972, pag. 659 e segg.

(2) BOLAFFIO, *loc. cit.*, n. 10, pag. 13-14.

(3) VIDARI, *op.* e *Vol. cit.*, n. 1972, pag. 660-661, GIORGI, *op. cit.*, Vol. III, n. 398, pag. 540 e Vol. VII, n. 19, pag. 28 (7ª ediz.). Veggansi poi le sentenze pro' e contra da questi due autori citate.

a credito per tale importo, vigente il corso forzoso, con un patto simile, dovrà egli alla scadenza aggiungere alle mille lire in carta-moneta l'importo dell'aggio della giornata, o sarà egli liberato col dare biglietti per l'importo soltanto di mille, come se il patto non fosse stato aggiunto? Chi sostiene quest'ultima tesi osserva che il patto in discorso rende illusoria l'applicazione di una legge d'ordine pubblico, giacchè è il più aperto rifiuto di ricevere la carta per il suo valor nominale (1). Ma a me sembra preferibile la tesi opposta che conta pure validissimi fautori (2). Si adducono per essa le seguenti considerazioni:

a) Le leggi che regolano il corso forzoso, stato veramente patologico nell'economia monetaria, sono di carattere eccezionale, costituiscono un *ius singulare*, da non interpretarsi estensivamente salvochè si dimostri che ne rimangono altrimenti frustrati i fini dal legislatore propostisi, per urgentissima e indeclinabile necessità sociale, con la introduzione del corso forzoso. Ora è questa dimostrazione che dovrebbero dare gli avversarî e che invece non danno, sicchè il loro assunto non fa che introdurre un arbitrario divieto, estensivo di uno stato di cose per sè eccezionale. Infatti che cos'è che vuole il legislatore coll'introdurre il corso forzoso? Che la carta circoli come moneta metallica e ne faccia le veci allo stesso valor nominale quale mezzo di pagamento che nessuno potrà rifiutare. Ora anche dando efficacia al patto dell'aggio in questione, è pur sempre con la carta-moneta che il pagamento si effettua, essa dunque adempie quella funzione di moneta che il legis-

---

(1) BOLAFFIO, *loc. cit.*, adde GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. IV (Pisa, Nistri, 1874), pag. 92 e segg., e gli altri autori e giudicati citati dal GIORGI, *Op. cit.*, Vol. III, nn. 398-406 della prima edizione del 1877 e cit. n. 398, pag. 540 della settima edizione.

(2) GIORGI, *loc. cit.*, VIDARI *Op.* e *Vol. cit.*, n. 1971-1975, pag. 659-665 e sentenze ivi citate, PESCATORE, *Sul valore legale del patto che stipuli la differenza dell'aggio tra il tempo del contratto e quello del pagamento* in *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol II, pag. 266 e segg, (2.ª ediz. Torino, Bocca 1879), ed altri autori citati dal GIORGI, *loc. cit.*

latore le volle attribuire e quindi la legge del corso forzoso è pienamente salva. Vietare quel patto è attribuire alla legge introduttiva del corso forzoso un ulteriore intento, ch'essa non ebbe e non potè razionalmente avere, un intento anzi che sarebbe irrealizzabile perchè repugnante a quelle leggi economiche naturali delle quali non è in arbitrio dell'autorità costituita l'arrestare il corso fatale, l'intento, in poche parole, di regolare in modo invariabile i prezzi delle cose. Sono preziose a questo riguardo le osservazioni del compianto PESCATORE, che si possono così riassumere. L'oro ha un valore stabile durante almeno il lunghissimo corso di un'epoca (1) esso dunque misura i prezzi più o meno variabili di tutte le altre cose. Se cento lire in oro comperano quest'anno la stessa quantità di grano dell'anno scorso, segno è che il prezzo del grano (espresso in oro) non è cambiato, se ne comperano maggior quantità, ciò vuol dire che il grano è deprezzato, se meno, è segno invece che il prezzo del grano è salito. Promulgato il corso forzoso, se si forma, poniamo, un aggio del dieci, ciò significa che cento lire di carta non comperano che novanta lire d'oro, e sarebbe pertanto un violentare il mercato, arbitrariamente pretendendo di abbassare il prezzo delle merci, l'esigere che, nonostante qualunque patto in contrario, si dovesse vendere a novanta lire in oro, corrispondenti alle cento in carta, quella quantità di grano il cui prezzo è, per ipotesi, di cento lire d'oro. Il supplemento in carta del dieci per cento è quello appunto che il compratore dovrà aggiungere per fare acquisto di quella data quantità di merce (grano) al suo giusto valor commerciale. Ciò farà parere aumentato il prezzo delle merci, ma la verità è che, rimasto fermo il vecchio prezzo commerciale delle stesse cose, si trova invece abbassato il valore reale della carta-moneta. Perchè dunque negare validità ad un patto che conduce ad uniformarsi al vero prezzo attribuito sul mer-

---

(1) Meglio forse si potrebbe dire che l'oro, metallo internazionale per eccellenza, come lo chiama il FERRARIS (*Op. cit.*, pag. 175), si assume abitualmente nel mercato come misuratore dei prezzi.

cato alle cose? Perchè voler in tal guisa violentare le leggi economiche? Ma c'è di più; queste leggi economiche non si lasciano assolutamente violentare, checchè faccia e dica e voglia il legislatore: osserva bene qui il VIDARI (1) che quando egli crede di averle costrette nei lacci dei proprî articoli, esse gli sfuggono di mano per mille mezzi: si tratta di vendita, e il venditore si rifarà pattuendo un prezzo più elevato nel quale egli compenetra il calcolo della differenza derivante dall'aggio; si tratta di mutuo, ed egli esigerà un interesse più elevato. Tizio, se fosse certo che il valor della carta non cambiasse in seguito e che, perdendo essa ora il dieci per cento, non iscapiterà di più di qui a un anno quando verrà a scadenza il mutuo ch'egli fa oggi a Caio, si accontenterebbe dell'interesse del cinque per cento. Ma, potendo invece nell'intervallo farsi maggiore il ribasso (si ha ragione a temere che nel corso dell'anno l'aggio del dieci salirà al quindici, al dieciotto, al venti), eleva il tasso e stipula in vista di ciò l'otto per cento. Oppure, temendo la taccia di usuraio, fa lo stesso contratto, ma inserendo nella scrittura la dichiarazione che il vero interesse convenuto è del cinque e che quel tre per cento in più rappresenta il compenso del rischio a cui una parte del suo capitale si trova esposta. Ebbene, niuno dubita che in entrambi questi casi il patto è validissimo. Supponiamo ora invece che quel Tizio tema che anche simile allegazione di un rischio sia presa da taluno come un pretesto da usuraio, ch'egli rifugga inoltre da ogni contratto aleatorio, non voglia il danno eventuale proprio, ma neppure quello del debitore, che si verificherebbe, p. es., ove l'aggio fosse alla scadenza il medesimo (dieci per cento) contrariamente alle originarie previsioni di aumento; supponiamo che per tutte queste buone ragioni egli stipuli onestamente ed espressamente non più del cinque per cento d'interesse, ma soggiunga, a titolo di giusta indennità in caso di ribasso ulteriore nel valor della carta, che il debitore dovrà aggiungere alla scadenza

(1) VIDARI, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 1975, pag. 664.

tanta carta-moneta in più quanta eventualmente occorra per ricostituire allora lo stesso valore effettivo dato al sorgere del contratto. C'è ragione, c'è equità che in questo caso, in cambio del suo agire più aperto e della sua più scrupolosa onestà, si dichiari l'inefficacia del patto?

b) Quando circolano monete d'oro e d'argento in un sistema bimetallico, è da tutti ammessa la validità del patto dell'aggio fra le due diverse specie di moneta; io posso cioè validamente stipulare con Tizio, cui presto lire cento in oro, che, se me le restituirà in argento, dovrà aggiungervi l'aggio della giornata. Ora perchè ciò non dovrebbe tener più se una delle monete in corso, anzichè metallica, è cartacea?

Su questa materia del corso forzoso mi sono un po' dilungato perchè essa è ridivenuta purtroppo di attualità. Introdotto per decreto-legge del 1 Maggio 1866, esso era stato abolito fra noi con Legge del 7 Aprile 1881. Ma poi le tristi condizioni finanziarie ed economiche del Paese diedero origine, fra altri provvedimenti, al Decreto 21 Febbraio 1894, n. 50 del SONNINO, allora ministro del Tesoro, Decreto che all'Art. 3 dichiarava temporaneamente sospeso l'obbligo del cambio dei biglietti a debito dello Stato, in altre parole ripristinava per i biglietti di Stato il corso forzoso, sotto riserva (Art. 13) di immediata presentazione del decreto al Parlamento per la conversione in legge. E questa non è mancata: quel decreto infatti si tramutò in legge in forza dell'Art. 11 della Legge 22 Luglio 1894, n. 339 e All. I. — È notevole un brano della Relazione del SONNINO, come quello che indubbiamente accennerebbe a voler adottare nelle questioni or ora trattate l'opinione più larga già da noi sostenuta. Vi si legge infatti che questa sospensione *pro tempore* del cambio dei biglietti di Stato «non dovrà recare nessun mutamento nelle discipline del Diritto comune intorno alla libera pattuizione delle specie utili ai pagamenti», a fortiori dunque intorno alla libera pattuizione dell'aggio.

Quanto ai biglietti delle tre banche di emissione (Banca d'Italia, Banco di Napoli, Banco di Sicilia) per l'Art. 4 della Legge 10 Agosto 1893 n. 449 essi doveano avere corso legale nelle provincie in cui fosse una sede succursale o rappresentanza dell'istituto emittente per lo spazio di cinque anni dall'attuazione della legge, ma poi questo corso legale, spirato il quinquennio, venne di anno in anno prorogato e non fu mai soppresso definitivamente. Doveano per virtù dello stesso

articolo quei biglietti essere convertibili in moneta metallica, ma anche questo principio cessò a partire dal 1894 ed oggidì non ne è obbligatorio il cambio altrimenti che in biglietti di Stato. (Art. 5 del cit. Decreto Sonnino, Art. 6 dell'All. I alla Legge 22 Luglio 1894) Che se detti istituti si prestino volontariamente al baratto di loro biglietti in specie metalliche « avranno facoltà di esigere dal portatore dei rispettivi biglietti il pagamento del prezzo del cambio delle specie metalliche, secondo la quotazione del giorno nella Borsa più vicina ». (ibid.). Donde nuovo argomento può trarsi per la liceità pur tra privati del patto dell'aggio.

Ripristinando poi una norma che vigeva sotto il precedente corso forzoso (Decreto 14 luglio 1866), si tenne fermo l'obbligo del pagamento dei dazi di importazione in valuta metallica (Art. 6 del Decreto Sonnino, Art. 7 dell'All. I alla Legge del 1894) (1), ma seguono anche qui provvedimenti onde rendere possibile il pagamento a mezzo di biglietti di Stato o di Banca, purchè con l'aggiunta del cambio (aggio).

79. Resta, perchè sia esaurito questo argomento del modo di soddisfare debiti aventi per oggetto danaro, che accenniamo all'ultima ipotesi già altra volta enunciata, che cioè il debito abbia per oggetto determinate monete, dei *corpora nummorum* precisati nella loro individualità. Si devono allora restituire gli identici dischi monetarî ricevuti, esempio il caso di trasporto o di comodato di monete *ad ostentationem*, e così pure il deposito di danaro racchiuso in una busta, in una cassetta sigillata o con altri mezzi simili che servono alla individuazione ed identificazione delle monete. Potrebb'essere, a proposito del deposito di danaro, che il depositario fosse stato autorizzato a valersene per restituire poi altrettanto (autorizzazione che taluni vedono implicita nel solo fatto di aver consegnato al depositario il danaro sciolto e senza alcuno dei predetti mezzi diretti ad individuarlo ed identificarlo). Si ha

(1) Di siffatto principio può vedersi la ragione e la difesa in FERRARIS, *Op. cit.*, pag. 183-185 e in MANGILI, illustrazione della voce *Corso forzoso* in *Digesto it.* Vol. VIII, p. III (Torino, Unione 1898-1900) n. 26 e segg., pag. 1031 e segg.

allora il cosidetto *deposito irregolare,* e la restituzione che deve fare il depositario al deponente non è già semplicemente della somma numerica, ma delle medesime specie metalliche ricevute, siane pure nel frattempo aumentato o diminuito il valore. Ciò a tenore dell'Art. 1848 capov. Ecco dunque una differenza dal mutuo, col quale si direbbe a primo aspetto che il deposito irregolare si identifichi: sappiamo infatti che il mutuo di danaro, salva espressa diversa pattuizione, è per l'Art. 1821 inteso come obbligazione di somma numerica e non di specie metalliche. E non direi nemmeno che sia un tutt'uno col mutuo cui siasi per avventura aggiunto il patto contemplato dall'Art. 1822, chè, come avverte il BORSARI (1), sta sempre la differenza dell'essere il deposito nell'interesse del deponente, mentre il mutuo anche nell'interesse e spesso nel solo interesse del mutuatario, il che influisce quanto al termine entro cui potersi chiedere la restituzione del danaro.

79 bis. Vi sono questioni sull'ordinamento legale della moneta, solite a trattarsi dagli economisti e che escono naturalmente dal piano del nostro corso. Tale p. es. la vessata controversia sulla possibilità di una *moneta privata*, cioè con privata impronta, in concorrenza con la moneta di Stato, su di che merita ricordo il dissenso fra due colossi della scienza economica quali furono tra noi FRANCESCO FERRARA ed ANGELO MESSEDAGLIA (2). Al quale proposito basta a me l'avvertire che, pure ammettendo col MESSEDAGLIA la soluzione affermativa, non ne discende che abbia, per le caratteristiche dei negozî giuridici, perfetta equipollenza alla moneta di Stato quella che eventualmente si permettesse ai privati di battere con propria impronta. Non potrebbe quindi, ad esempio, avere funzione di *prezzo* in una compravendita; ma dovremmo qualificare invece *permuta* lo scambio di uua cosa con una certa

---

(1) BORSARI, *Op. cit.*, Vol. IV, Parte II, sugli Art. 1848, 1849, § 4005, pag. 189. —

(2) Ne tratta egregiamente A. DE' STEFANI, *Gli scritti monetari di Francesco Ferrara e di Angelo Messedaglia* (Verona, Drucker 1908), pag. 108 e segg.

quantità di detta moneta privata, come sarebbe permuta lo scambio fra quella cosa e una certa quantità di verghe metalliche o di medaglie (1).

CAPITOLO II.

Inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione.

SOMMARIO: 80. La norma dell'Art. 1224 come base delle partizioni del presente Capitolo.

80. Dopo di aver esaminata l'obbligazione nel suo adempimento, che ne è il naturale effetto, dobbiamo proporci la ipotesi ch'essa rimanga ineseguita o non debitamente eseguita, in particolare non eseguita a tempo debito: in altre parole dobbiamo vedere le conseguenze dell' inadempimento o dell'adempimento non esatto. Ora queste conseguenze variano secondo la causa da cui il fatto proviene. Nella quale causa o interviene la volontaria azione dei subbietti dell'obbligazione, e conseguentemente in grado vario la loro imputabilità, e si parla di *dolo* o di *colpa*, o vi rimane estranea affatto, sicchè l' imputabilità manca, e si dovrebbe sempre e a tutti gli effetti parlare di *caso*. Si dovrebbe, ho detto, perchè, come si esplicherà in seguito (n. 84, pag. 335-336), per il nostro Diritto positivo possono eccezionalmente verificarsi delle ipotesi di responsabilità obbiettiva, ipotesi cioè in cui il debitore non resti esonerato dalla sua obbligazione, benchè l'inadempimento provenga da causa a lui non imputabile. Chè, se di responsabilità obbiettiva oggidì tanto si parla in tema di danni extracontrattuali (e c'è chi la vorrebbe in riguardo ad essi elevata addirittura a regola, rompendola del tutto con la teoria romana della colpa), non è a dire che ne manchi del tutto l'esempio

(1) Fra le molte opere giuridiche utili a consultarsi sull'importante argomento dei debiti di danaro conserva sempre notevole valore il SAVIGNY, cit. *Obligationenrecht*, I, §§ 40 - 48 inclus., pag. 403-508. Ottimo poi il HARTMANN, *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes* (Braunschweig, Seibrock 1868). Dell'argomento mi sono occupato anch'io, più a lungo che non convenisse nel corso presente, nella citata *Dazione in pagamento*, I, n. 59 e segg., pag. 150 e segg.

nel Diritto vigente (e non se ne vagheggi da taluno una più larga applicazione legislativa) anche in tema di inadempimento di obbligazioni (1).

Ma poichè rimane sempre che *per regola* il criterio è dato oggidì dal concetto di *imputabilità*, accolta beninteso come imputabilità civile e non penale, è bene indicare sin d'ora come caposaldo della presente trattazione, salvo a darvi in seguito il debito sviluppo, la norma che vale circa la diligenza da impiegarsi nell'adempimento dell'obbligazione, perchè evidentemente di vero caso non si potrà più parlare tostochè quella norma venga in più o in meno larga misura inosservata, sorgendo appunto allora l'imputabilità dell'evento che impedì o ritardò l'esecuzione dell'obbligazione. Ora siffatta norma è data dallo Art. 1224, il quale prescrive che si debba sempre impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto la utilità di una delle parti o di ambedue, la diligenza di un buon padre di famiglia, da interpretarsi tuttavia più o meno rigidamente secondo le norme dettate per certi casi dal Codice. Solo trattandosi di deposito a questo tipo astratto (*diligentia in abstracto*) se ne sostituisce uno concreto (*diligentia in concreto*), dovendo il depositario usare nel custodire la cosa depositata la diligenza che usa nel curare le cose proprie, detta *diligentia quam in suis rebus* (sottinteso *adhibere solet*). Ciò per l'Art. 1843, richiamato già nel predetto Art. 1224. Cominciamo a parlare del caso: si dirà poi del dolo e per ultimo della colpa.

SEZIONE I.

Del Caso.

SOMMARIO: 81. Partizione della Sezione in tre paragrafi.

81. L'importante materia del caso, quale causa di esonero dall'adempimento dell'obbligazione, possiede una vasta bibliografia; basterà a me l'accennare com'essa abbia esercitate an-

(1) Su di che veggasi particolarmente BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, estr. dall'*Archivio giuridico*, Vol. LXII e LXIII (Modena, 1899).

che fra noi le menti di più giuristi, fra i quali taluno acutissimo, e come nelle opere loro che in nota ricordo, si trovi quasi completa la letteratura giuridica sull'argomento (1). Qui ne dividerò la trattazione in tre paragrafi, consacrati il primo al concetto del caso, alle sue specie, alla relativa terminologia, il secondo alla regola circa gli effetti del caso, l'ultimo alle eccezioni che detta regola soffre.

§ 1.

Concetto del caso. Sue specie. Terminologia.

SOMMARIO: 82. Il concetto di caso in Filosofia: insegnamenti che se ne possono trarre per le applicazioni al Diritto. — 83. Nozione giuridica del caso: come essa si fondi non sulla imprevidibilità, ma sulla inevitabilità dell'evento. — 84. Come la predetta inevitabilità vada intesa in un senso relativo e tuttavia non si possa nel nostro Diritto affermare che vi ha caso tostochè cessa la colpa: interpretazione da darsi in proposito agli Art. 1225, 1226, specialmente quanto alla causa estranea al debitore non imputabile. — 84 *bis*. Si riconducono all'Art. 1125 casi di responsabilità contrattuale per fatto di terzi. — 85. Il cosidetto *casus dolo seu culpa determinatus*. — 86. Caso fortuito e forza maggiore - casi di mero fatto e casi giuridici. — 87. Transizione agli effetti del caso, cioè alla teorica della prestazione del rischio e pericolo.

82. Nel campo della pura Filosofia il concetto di caso si è prestato e si presta a molti studî, ad importanti considera-

---

(1) Veggasi particolarmente N. COVIELLO, cit., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni* (Lanciano, Carabba, 1895), F. LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni* (Napoli, Tip. della Critica forense 1894) e su entrambi il lungo resoconto critico del FORMIGGINI in *Rivista it. per le scienze giuridiche*, vol. XIX, pag. 211-234, FIORENTINO, *Del caso fortuito in rapporto alle obbligazioni civili contrattuali, osservazioni sul Trattato del Coviello* (Catania, Tip. dell'Etna 1896). Anche a lungo ne trattò il TARTUFARI, *Vendita e riporto* nel *Commento al Codice di commercio* di Verona, vol. I, parte II (Verona, Tedeschi, 1897), specialmente sull'art. 61 Cod. comm., pag. 133 e segg., ove in più luoghi è combattuto il COVIELLO, che gli rispose nel periodico *Il Filangieri*, XXIII (1898) pag. 12 e segg. Nella seconda edizione del suo Trattato (vol. II del detto *Commento*, Torino, Tedeschi 1905) pag. 161 e segg. il TARTUFARI a sua volta replicò. *Adde* BARASSI, nella monografia citata alla nota precedente, *passim*, e F. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*

zioni (1). Comunemente si nota, fra altro, che un avvenimento è da noi qualificato casuale in quanto ignoriamo e non possiamo secondo i dati dell'esperienza prevedere le condizioni a cui va ricondotto come alla causa sua necessaria. Il concetto dunque si connetterebbe all'ignoranza umana, alla limitazione delle nostre cognizioni: data l'omniscienza, quale solo trovasi in Dio, il concetto di caso sparisce, il caso cioè obbiettivamente non esiste (2). Alle stesse risultanze si giunge se si prende la cosa dal punto di vista teleologico. Usi a ragguagliare tutto alla umana volontà sempre diretta ad uno scopo, ciò che è prodotto di essa e si ripercuote più o meno largamente nel mondo esteriore non qualifichiamo caso, mentre diciamo caso ciò che non può ricondursi ad una cosciente volontà umana od è conseguenza non intenzionale di essa. Ma anche qui dal punto di vista della Divinità e del fine per cui si reputi regolato l'ordine cosmico in tutte le sue manifestazioni, caso non esiste, potendosi ripetere la famosa frase del BOSSUET: « Ce qui est hasard à l'égard de l'homme est dessein à l'égard de Dieu » (3). Non è mio ufficio l'insistere su questo terreno filosofico. Solo ne traggo una massima da utilizzare poi nel campo giuridico, dove pur vedremo seguirsi criterî in parte diversi. E la massima è questa, che il concetto di caso è un *quid* relativo, dipendente dalla limitazione delle nostre cognizioni.

---

in *Archivio giuridico*, vol. LXX (1903) (pag. 401 e 526), ove del concetto di caso fortuito a lungo si discorre a pag. 489 e segg.

(1) Veggansi i filosofi ricordati nel discorso accademico del prof. MAX RÜMELIN, *Der Zufall im Recht* (Freiburg, Mohr 1896), che io qui utilizzo. Vi si aggiunga una notevole memoria del MALDIDIER, intitolata *Le Hasard* in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*. XX (1897), pag. 561-598 e recentissimo, fra noi, RANZOLI, *Il caso nel pensiero e nella vita* (Milano, Libr. editr. milanese 1913), alle cui ricche indicazioni bibliografiche aggiungo soltanto MILHAUD, *La définition du hasard de Cournot* in cit. *Revue philosophique*, XXXVI (1911), pag. 136-159. Nè si trascurino, benchè in gran parte attinenti ad altro ordine di fatti e di idee, la memoria del compianto FERDINANDO BIANCHI, *L'azzardo nel diritto* in *Riv. it. per le sc. giur.*, IX, pag. 3-31 e quella del BIAMONTI, *Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche* in *Riv. it. di sociologia* XVI (1912), pag. 458-473.

(2) *Contra* tuttavia MALDIDIER, *op. cit.*, pag. 588 e *passim*.

(3) Cit. dal MALDIDIER, *op. cit.*, pag. 594.

83. Nella nostra legislazione il concetto specifico del caso (*casus fortuitus*, *vis divina*, *fatum*, *fatalitas*) risulta dalla combinazione dei due Art. 1225, 1226. Dal primo si trae che esso consiste in una *causa estranea al debitore non imputabile*, dal secondo che questa causa deve essere stata *tale da impedirgli l'esatto adempimento dell'obbligo* (« per cui fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato »). Se dunque, malgrado il fortuito, gli restava la possibilità di adempiere l'obbligazione, sia pure con molto maggiore sacrificio proprio, la regola è che più non si parli di inesecuzione casuale per gli effetti che dovremo studiare: difficoltà non è impossibilità. Ma di ciò più a lungo nel paragrafo che segue, consacrato allo studio degli effetti del caso.

Di fortuito non è più il caso di parlare se il fatto è imputabile al debitore, deve trattarsi di evento a lui interamente estraneo; chè se tale non sia, non lo salva punto da responsabilità il fatto dell'aver egli agito in buona fede (Art. 1225 in fine). Sta sempre ch'egli non impiegò la dovuta diligenza.

È una inutile e prolissa circonlocuzione quella pur tanto comune che caso sia un avvenimento non imputabile al debitore, non prevedibile, o se prevedibile non evitabile; quando si dice che dev'essere un fatto inevitabile, *vis cui resisti non potest* (1), si è detto tutto, chè la inevitabilità o irresistibilità comprende naturalmente e a *fortiori* l'ipotesi di fatti che sfuggono ad ogni umana previdenza (2). È inoltre poco proprio

---

(1) Cfr. l. 18 pr. D. commod. vel contra 13, 6 di Gaio e l. 15, § 2 D. loc. cond. 19, 2 di ULPIANO.

(2) CHIRONI, *Colpa contrattuale* (1ª ediz., Torino, Bocca, 1884), n. 304. pag. 328 e n. 306, pag. 330-331. Nella 2ª ediz. (Torino, Bocca, 1897), n. 308, pag. 686 e n. 310, pag. 689-691, il CHIRONI tien fermi gli stessi principi, ma, non so perchè, risparmia la censura alla inutile parafrasi moderna della definizione romana. È per verità ben poco persuasivo il ragionamento che fa il GIORGI, là dove, *op. cit.*, vol. II (7ª ediz.), n. 8, pag. 14 in nota, pur riconoscendo la giustezza dell'osservazione che tuttociò ch'è imprevedibile è anche necessariamente inevitabile, rimane fermo tuttavia alla definizione comune, soggiungendo che « non è proibito di enunciare il superfluo nelle definizioni quando serve a chiarirle. Ora l'imprevedibilità fa comprendere come un evento è spessissimo inevitabile, perchè non si può prevedere ».

l'includere nella definizione del caso questo estremo della imprevedibilità, dal momento che in altra parte del Codice si trova fatta parola di casi fortuiti preveduti ed impreveduti, precisamente nell'Art. 1621 capov., relativo alla locazione di fondi rustici. Il criterio della maggiore o minore prevedibilità e conseguente probabilità dell'evento distinguerà i casi ordinarî e straordinarî o insoliti (ai quali da taluni vecchi Dottori aggiungevansi gli insolitissimi), ma quando poi siamo ad esaminare l'effetto giuridico del caso in sè e per sè, cioè indipendentemente da speciali accordi o disposizioni di volontà riguardo alla sopportazione dei rischi, la distinzione perde importanza, perchè non è detto in verità che i casi ordinarî siano tutti e sempre evitabili, o che sempre manchi la possibilità di parare le conseguenze di eventi pure straordinarî: ora è la inevitabilità che caratterizza il caso agli effetti della estinzione delle obbligazioni (1). Oltrechè inutile e improprio, è poi pericoloso il far entrare nella definizione del caso codesto criterio della non prevedibilità. Esso infatti è un criterio che la legge applica espressamente quanto ai danni derivanti da un evento imputabile (dolo o colpa) volendo che solo in caso di dolo e non anche se ricorra semplice colpa si risarciscano i danni pur non prevedibili. Ora il trasportare siffatto concetto dal danno, che è l'effetto dell'inadempimento dell'obbligazione, alla natura dell'evento che dell' inadempimento è la causa, può ingenerare confusione, alla quale non ha saputo per verità sottrarsi qualche pur eminente civilista, come il LAURENT (2).

84. Il concetto di inevitabilità è dunque fondamentale per

---

(1) CHIRONI, *op. e vol. cit.* n. 312, pag. 692-694 della 2ª edizione, che è quella che intendo citare anche in seguito quando non vi apponga diversa dichiarazione.

(2) LAURENT, *Principes*, XVI, n. 267, pag. 329 e su ciò CHIRONI, *op. e vol. cit.*, n. 310, p. 690. Che la forza maggiore non consista nella imprevedibilità ma nella inevitabilità dell'evento, fu deciso dalla Corte di Cassazione di Firenze con sentenza 22 dicembre 1892 in causa De Manzoni c. Toller (*Temi veneta*, XVIII, pag. 55). Insiste invece in quella idea il LOMONACO, *op. cit.*, vol. I, pag. 476.

la nozione del caso. Ma esso stesso non è assoluto, sibbene relativo al grado di diligenza che si doveva prestare e che può variare da negozio a negozio (1). E però si capisce che il medesimo evento possa in relazione ad un dato negozio considerarsi fortuito e non invece in relazione ad altro, oppure anche, dato lo stesso negozio, sì o no secondo le circostanze varie: così il non avere munito di parafulmine l'edifizio che fu colpito dalla folgore può rappresentare una colpa per il proprietario di un vasto opificio, e non sarà tale pel contadino possessore di un casolare, sicchè nei riguardi di un contratto riflettente l'edifizio stesso si possa in questa seconda ipotesi e non anche nella prima parlare di caso (2). Ond'è che, nel caso di più obbligati, nemmeno può escludersi che lo stesso fatto per alcuni rivesta il carattere di forza maggiore e per altri no (3).

Se lo stesso concetto di inevitabilità è così relativo e si conforma al vario grado di diligenza nelle diverse ipotesi dovuta, diremo dunque che c'è caso subito che cessa la colpa, all'effetto, ben s'intende, di considerare per esso estinta l'obbligazione? Razionalmente sì (4), ma positivamente, secondo il

---

(1) Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 17 e *passim*. LONGO, *op. cit.*, pag. 73 e seg.

(2) Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 15, il quale però distrugge l'efficacia dell'esempio dicendo che nel caso dell'opificio il proprietario dovrà risponderne all'industriale *se v'era obbligo di collocare il parafulmine*. Quest'aggiunta ci fa uscire dall'ipotesi del puro *caso*, non più per la natura del fatto in rapporto alle circostanze, ma perchè ci sarebbe preventiva mancanza di un obbligo contrattuale, onde un *casus dolo seu culpa determinatus*.

(3) Così ha deciso la Corte di Cassazione di Torino, Sent. 2 Dicembre 1912, (causa Vener-Garotti) in *Monit. dei Trib.* LIV (1913), pag. 570.

(4) E quindi io posso plaudire al SALEILLES, che, scrivendo intorno ad un Progetto di legge, cioè intorno al primo Progetto del Codice civile germanico, lo approva inquanto non parla nemmeno di caso fortuito, posto ch'esso non è che la negazione della colpa. Ecco le sue parole « Le projet n'avait pas à définir le fait non imputable au débiteur, car il commence là où finit la faute, et cette limite nous est déjà connue: on évite même en pareil cas de parler de cas fortuit, car cela tendrait à faire croire que celui-ci suppose un événement de force majeure absolument étranger au débiteur, alors qu'en réalité il s'agit d'un fait, peut-être même

nostro Diritto, parmi difficile il sostenerlo in via assoluta, come pure hanno tentato alcuni (1). E parmi difficile attesochè, giusta l'Art. 1225, a costituire il concetto di caso si vuole che l'evento dipenda da causa estranea al debitore non imputabile. Sono dunque due i requisiti, non basta la *non imputabilità* (elemento subbiettivo), occorre l'*estraneità* della causa, che cioè essa venga dal di fuori. E però io non credo, a differenza di taluni autori (2), vi si possa mai ricondurre una causa consi-

---

d'un fait attribué au débiteur, mais n'impliquant aucune faute dont celui-ci, en raison de son obligation, puisse être responsable (Art. 217)». SALEILLES, *Théorie générale des obligations d'après le Projet de Code civil allemand* in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII (1888-89, Paris, Pichon 1889) pag. 166-264, 492-523, seguito da un *Étude sur les sources des obligations dans le Projet etc.* (*ib.*, pag. 583-670), n. 24, pag. 183. Il pregiato lavoro comparve pure a parte in un volume di quell'anno presso lo stesso editore e in 2ª edizione, con lieve modificazione nel titolo (*Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*) nel 1901 (Paris, Cotillon). E l'edizione che terrò anche in seguito presente e il passo riferito testè vi si legge a pag. 21. Al carattere *negativo* del caso, ma da un punto di vista alquanto diverso, aveva già alluso il KOCH, cit. *Das Recht der Forderungen*, I (Berlin, Guttentag 1858) § 20, pag. 200, scrivendo: «Zufall ist alles, was ohne menschliches Zuthun sich ereignet, also etwas Negatives». Il CROME, postosi anch'egli, nel considerare il caso, dal punto di vista di un concetto negativo, si rifiuta tuttavia di ammettere ch'esso sia la negazione della *culpa*, perchè, dice, bisogna tenere pure presente l'ipotesi in cui il debitore siasi assunti i rischi (*Garantiepflicht*) e allora la responsabilità sua trascendendo i limiti della colpa, non si può più dire che oltre questi limiti sorga il caso. *Op. cit.*, § 11, pag. 106 (pag. 110 della trad. italiana). Ma questo mi pare un circolo vizioso. Il caso sorge proprio allora, ma altra cosa è che anche di esso si risponda per esplicito patto. L'eccezione consentita, come vedremo, alle norme sulla *prestazione del rischio* nulla ha a che fare col *concetto del caso* e non lo modifica punto.

(1) Vedi gli autori citati nella nota 1 alla pagina 334.

(2) FERRINI, *Perimento della cosa legata* ecc. in *Annuario critico di giur. pratica* del COGLIOLO, III (1891), pag. 131-135, COVIELLO, *op. cit.*, pag. 18-27. *Contra* LONGO, *op. cit.*, pag. 75-78, FIORENTINO, *op. cit.*, n. 32 pag. 29-33, il quale però male argomenta dall'Art. 1151, e molto estesamente GIORGI, *op. cit.*, II, nn. 145-150, pag. 225-234 (7ª ediz.). Ma il GIORGI per il modo di argomentare merita le censure di poca coerenza e di petizione di principio mossegli dal FERRINI, *loc. cit.*, n. 6 pag. 134. E ciò tanto più in quelle precedenti edizioni ove faceva al giudice la concessione vaga di usare indulgenza in casi di errore scusabile. E-

stente nel fatto, sia pure non imputabile, dello stesso obbligato. Tale il caso di improvvisa pazzia che lo coglie e gli fa distruggere la cosa dovuta, o dell'erede che ignora, senza esserne imputabile, la esistenza di un debito ereditario, e dispone della *res debita*, la consuma. Se così non fosse, *ad quid* accennare i due requisiti? Bastava dire causa non imputabile al debitore. Ed è uno sforzo, che riconduce pur sempre ad una tautologia, il dire che estranea non significa estrinseca, cioè che vien dal di fuori, ma bensì estranea alla volontà. Oltre a tutto ci soccorre in cosifatta interpretazione il POTHIER (1). Posto ciò, noi dobbiamo nel Diritto positivo tenere come applicazioni della regola dell'Art. 1225 i casi in cui si trova che il fatto del debitore, tuttochè non imputabile, non lo esonera, ed eccezione i casi opposti. Così appartengono alla regola gli Art. 1247 e 893, dove si parla, accanto alla colpa, di fatto del debitore per cui la cosa perisce o si deteriora e che tuttavia non lo esonera dall'adempimento dell'obbligazione, e sono invece altrettante eccezioni la disposizione dell'Art. 1851, per cui l'erede del depositario che ha venduta in buona fede la cosa depositata risponde solo nei limiti della locupletazione, e degli Art. 1148, 1149, ove lo stesso principio si applica a chi ha disposto della cosa indebitamente pagatagli, ma ricevuta da lui in buona fede.

84 bis. Questo solo dunque può affermarsi che, se la causa è non imputabile, esonera il debitore, dato che sia estranea.

---

splicito e diffuso nel senso da noi adottato è F. FERRARA, *cit. Responsabilità contrattuale* ecc. pag. 490-497 dell'*Arch. giuridico* Vol. LXX. Per la tesi opposta invece BARASSI, *op. cit.*, *passim*, ma specialmente a pag. 106. Pure l'ampia trattazione di questo valoroso collega, che altrove a pag. 111, testo e nota 2 parrebbe accedesse ad idee del SIMONCELLI e mie, non mi è parsa del tutto perspicua.

(1) POTHIER, cit. *Traité des obligations*, n. 661, pag. 205 e *Pandette riordinate* (trad. BAZZARINI), Lib. XXX, XXXI, XXXII, n. 354, 355, 361, 362 (Venezia, Bazzarini 1834) Vol. IV, pag. 214-215, 218-219 e Libro XLVI, Tit. III, n. 106, Vol. VI (Venezia, Bazzarini 1835) pag. 229. Il POTHIER ha fedelmente seguito il VINNIO, *In quatuor Lib. Institut. imper.* sul § 16 de legat. 2,20 (a pag. 475 del T. I, Venetiis, ex typ. Balleoniana 1783).

Pure vi hanno casi in cui *parrebbe ci fosse questa estraneità*, e tuttavia, pur non essendo il fatto imputabile alla persona del debitore, questi rimane obbligato. Ciò avviene quando quel fatto è compiuto da persona di cui il debitore deve per legge rispondere. Veggasi in proposito quel che detta l'Art. 1247, estendendo al fortuito perimento quanto ivi si dice del solo deterioramento. Quivi o si tratta di un mandatario, e la cosa di leggieri si comprende perchè la sua persona si identifica con quella del rappresentato di cui è un *alter ego*, o si tratta di dipendenti dal debitore, di suoi impiegati o commessi, ed anche allora è ragionevole e giusto che del fatto loro, come si vale *in utilibus*, così risponda *in damnosis*, o finalmente si tratta di persone della famiglia (in ispecie minorenni soggetti alla patria potestà) od altri associati al godimento, ed anche allora, o per la responsabilità paterna o perchè si intende che tacitamente egli, il solo che contrattò col creditore, abbia assunta responsabilità anche per quegli altri, è giusto non si esoneri per il loro operato. Le applicazioni sono varie. Veggansi per esempio l'Art. 1588 relativo alla locazione di cose e l'Art. 1644 in tema di locazion d'opere. In sostanza tutti questi casi si riconducono al criterio ispiratore dell'Art. 1125, perchè l'*estraneità* non è che apparente, essendo gli ausiliarî del debitore, per l'una o per l'altra delle ragioni ora dette, altrettante irradiazioni o propaggini che dir si voglia della personalità di lui (1).

---

(1) Il FERRARA nel citato commendevole suo lavoro sulla *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, dopo una disamina di disparate teoriche, conchiude riponendo nell'espressione « *causa estranea* » dell'Art. 1225 « la chiave esegetica per la soluzione del problema », attesochè « gli ausiliari non sono estranei al debitore: egli li ha volontariamente assunti, egli subisce le conseguenze di questo fatto incolpevole. Per la liberazione del debitore occorre un fatto esteriore al suo campo d'attività; l'opera degli ausiliari che si muovono entro il suo ambiente economico non può considerarsi come un caso fortuito ». Se l'illustre Collega avesse posta attenzione alle prime parole del presente mio n. 84 bis, dove già nella precedente edizione leggevasi che in questi casi degli ausiliari *parrebbe* ci fosse l'estraneità accennata dall'Art. 1125, avrebbe potuto avvertire in esse almeno il germe del

85. A rigore, dovendo pel concetto di caso e pei conseguenti suoi effetti giuridici escludere affatto ogni imputabilità nei subbietti dell'obbligazione, non se ne dovrebbe più discorrere allorquando direttamente o indirettamente ci fu nell'evento che impedì si eseguisse l'obbligo il concorso della volontà loro, cioè di una loro azione dolosa o colposa. Io non posso più dare l'oggetto promesso perchè mi fu rubato, ma sono stato io stesso, o deliberatamente o per trascuranza, che lo custodii così male, da esporlo al fortuito. Allora è evidente la mia imputabilità nell'evento, perchè ad esso *dolus vel culpa praecessit*, naturale quindi la mia responsabilità, e solo impropriamente si può continuare a discorrere di caso. Tuttavia in pratica si continua a parlarne sotto il nome di *casus dolo seu culpa determinatus*. Il dolo o la colpa può altresì concorrere non come causa determinante del fortuito, ma come causa che ne ha resi più gravi gli effetti (esempio trascuranza o lentezza a soffocare un incendio casualmente scoppiato). Per comodità di trattazione, pur riconoscendo che di puro caso non si può qui discorrere, seguirò anch'io con molti autori la pratica e adotterò la predetta espressione *casus dolo seu culpa determinatus*.

86. Giacchè siamo alla terminologia, osservo che bene spesso si fa parola di *forza maggiore*. Il nostro Codice usa questa espressione promiscuamente con l'altra di caso fortuito, e infatti non ne differiscono gli effetti giuridici.

Persino in relazione ad un articolo che parla di sola forza maggiore e che, riannodandosi al concetto di custodia di cosa altrui, si potè credere da taluno alludesse a qualche cosa di diverso dal caso, fu trionfalmente dimostrata la perfetta sinonimia delle due espressioni. Alludo all'Art. 1868, che esonera gli albergatori dalla speciale responsabilità loro incombente, (della quale si dirà a suo luogo) se intervenne *forza maggiore*, e di caso fortuito non parla. La semplice combinazione di

---

suo assunto, attesochè le ulteriori ragioni da me addotte non servono che a comprovare come e perchè in detti casi l'estraneità non sia che *apparente*.

detto Articolo con gli Art. 1629 e 1631 relativi agli obblighi dei vetturini per terra e per acqua smonta ogni tentativo avversario e rafferma la promiscuità dei due termini (1). Ond'ecco farsi da taluno il voto che la espressione *forza maggiore* sia bandita « dalla scienza del Diritto positivo, come quella che, riuscendo un inutile sinonimo di *caso fortuito*, può ingenerare false opinioni ed erronee conseguenze » (2) e darsi plauso al *Codice sassone* che relativamente ai rapporti di obbligazione parla sempre e solo di *caso* (*Zufall*). Frattanto, di fronte a legislazioni come la francese e la nostra che adottarono entrambe le espressioni, la scienza civilistica suol qualificare per maggiore proprietà di linguaggio col nome di casi fortuiti gli eventi dovuti alle forze della natura, cui è estranea l'opera dell'uomo, come la morte naturale, la grandine ecc. e col nome di forza maggiore l'opera di terzi che si è costretti a subire e dei quali il debitore non debba rispondere. Tali la guerra, il brigantaggio, tali pure gli atti della legittima autorità (il cosidetto fatto del Principe) come sarebbe un ordine di requisizione della cosa da me promessa a Tizio, sicchè più non mi è possibile dargliela, o la legge che dichiari fuor di commercio cose che non lo erano prima ed al cui novero appartenga quella da me dovuta (3). Ho soggiunto che il fatto

---

(1) Cfr. SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel Diritto civile* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIV (pag. 3-62), pag. 47 e N. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 77-79.

(2) N. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 82. Nello stesso senso veggasi BIERMANN, *Die höhere Gewalt im englischen und indem französischen Recht*, in *Archiv f. d. bürg. Recht* del KOHLER, X (1895) (pag. 29-59), pag. 57-58. Interessante memoria, alla quale rinvio anche per ciò che riguarda la differenza fra il concetto di forza maggiore della dottrina e legislazione francese (e così dicasi dell'italiana) e il concetto inglese dell'*act of God and the Queen's ennemies*.

(3) Ma a crescere in questa materia la confusione delle lingue, ecco il DEMOLOMBE indicare, tutto all'opposto, come forza maggiore gli eventi naturali e come casi fortuiti i fatti di terzi, *Traité des contrats*, T. I (Paris, Durand 1877), n. 553, pag. 550. Va poi segnalato col BIERMANN (*loc. cit.*, pag. 48) il concetto che della distinzione dà il BRAVARD, *Traité de Droit commercial*, T. II (2e édit., Paris, 1892) pag. 395. Secondo lui caso equivale a fatto per se stesso evita-

non ha da provenire da un terzo del cui operato si debba rispondere: il padre p. es. deve rispondere delle azioni dannose del figlio minorenne, alla sua podestà soggetto. Ora se il padre vincolato da una data obbligazione non la possa adempiere pel fatto del figlio, è troppo evidente che non lo possa allegare a fortuito (v. s., n. 84 *bis*).

Ma se la sostanziale equipollenza e la identità di effetti delle due espressioni in esame hanno, come ho ricordato testè, fatto sorgere il voto che soltanto di *caso fortuito* si parli, altri anche più risolutamente vorrebbe che in una futura revisione del Codice patrio scomparissero entrambe, trovandosi già esaurito nella definizione dell'Art. 1225 (*causa estranea al debitore non imputabile*) quel concetto che l'articolo successivo per effetto di secolare tradizione rivestì inutilmente dei titoli di forza maggiore e di caso fortuito (1) e perchè, fissato il concetto di diligenza media e di colpa corrispondente, tutto ciò che è al di là di esse non crea più responsabilità e non ha bisogno di essere battezzato dal codice con speciali nomenclature (2). Tutto questo risponde a quanto *de lege ferenda* io aveva già segnalato (e fin dalla prima edizione) nell'approvare *dal punto di vista razionale* l'equazione « caso = difetto di colpa » e nel plaudire col SALEILLES al primo Progetto del Codice civile germanico seguace di questo concetto *negativo* che rendeva inutile la stessa espressione caso fortuito (v. *supra*, pag. 334, testo e nota 4) (3). Ma quando ci poniamo sul terreno del *Diritto*

---

bile, ma che nella concreta fattispecie siasi presentato con tale subitaneità da frustrare ogni previdenza od esperienza (es. la pietra posta sul binario poco prima che passasse il treno, il quale per causa di essa deviò) mentre la forza maggiore (temporale, terremoto ecc.) non può affatto evitarsi dall'uomo. Ma egli stesso soggiunge che se il caso è in effetto puramente fortuito, diventa esso pure forza maggiore.

(1) BRUGI, nota a Sentenza del 19 Aprile 1907 della Corte d'Appello di Bologna in *Riv. del dir. comm.* VI (1908), parte II, pag. 142.

(2) COGLIOLO, *Scritti varii di Dir. privato*, Vol. II (Torino, Unione 1913), pag. 138.

(3) Lasciamo stare che lo stesso legislatore germanico, dopo di aver avuto

positivo vigente, ci è forza concludere che con le espressioni caso fortuito o forza maggiore il patrio legislatore ha inteso significare una quiddità per sè stante, a costituire la quale non è sufficiente, o non sempre, la dimostrazione di assenza di colpa. Basti qui ricordare l'Art. 1589 Cod. civ. relativo a locazione di immobili. Vi si dichiara obbligato il conduttore per l'incendio, quando non provi « che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore, *o nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia* », aggiunta quest'ultima fatta, sulle traccie del Codice albertino (art. 1742), al corrispondente art. 1733 del Codice francese, col deliberato proposito di allargare i mezzi di prova della irresponsabilità del conduttore oltre quei limiti che pareano segnati dal menzionare soltanto il caso fortuito o la forza maggiore. Onde, viceversa, altri articoli che parlano soltanto di caso o di forza maggiore come invocabili dal debitore (art. 1631, 1868 cod. civ., 400 cod. comm.) importeranno ch'egli non possa scagionarsi dell'inadempimento dei suoi obblighi provando semplicemente di aver adibito il grado normale di diligenza; nel che principalmente consiste, come si vedrà a suo luogo, quel maggior rigore accennato per taluni casi nell'ultima parte dell'art. 1224 Cod. civ.

Se sotto la legge positiva fra noi vigente non può esserci seriamente questione sul concetto della forza maggiore che si pareggia al caso, molto invece se ne discute per Diritto romano, e il punto è così poco chiaro, che il GOLDSCHMIDT, uno di quelli che più profondamente se ne occuparono, parla in proposito di un enigma o indovinello (1). La disputa si è ripercossa anche da noi, se non *de iure condito*, che non pare, dicemmo, possibile, *de iure condendo* a proposito della legge per

---

cura di evitarle nel §. 275 contenente la norma fondamentale, è ricaduto altrove, pure in tema di obbligazioni, nelle espressioni *caso fortuito* (§§ 287 e 848) e forza maggiore (§ 701, cfr. pure §§. 203 e 1906).

(1) GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, Vol. III (1860), (pag. 58 e segg., 331 e segg.), pag. 93. Veggasi pure in argomento HOLLANDER, *Vis maior als Schranke der Haftung nach röm. Recht* (Jena, Fischer 1892).

gli infortunî degli operai sul lavoro, riguardo ai quali si voleva da taluno venisse fatta la distinzione fra caso fortuito e forza maggiore. Precisamente il FUSINATO, che ha consacrato a questo tema un pregevolissimo scritto (1), voleva si adottasse in tal materia il concetto che della *vis maior* dà l'EXNER (2), per cui sarebbe un avvenimento (3) il quale *a*) estraneo all'ambiente dell'intrapresa industriale, per il suo irrompere nell'ambiente medesimo produce un danno alle persone [aggiunge il FUSINATO] o ai beni, e il quale *b*) per la forma e la gravezza del suo manifestarsi sorpassa visibilmente i casi che possono attendersi nel corso ordinario della vita ». Sarebbero pertanto casi i quali *prima facie* escludono ogni sospetto di colpa dell'imprenditore. E per essi il FUSINATO lo avrebbe voluto irresponsabile, non così degli altri danni subiti dall'operaio, sia pure per caso fortuito, e ciò in base al concetto del rischio professionale. La materia degli infortunî sul lavoro è stata primamente disciplinata fra noi con Legge 17 Marzo 1898, n. 80. Ma essa, introducendo il principio dell'assicurazione obbligatoria con la quale indennizzare ogni infortunio che avvenga *per causa violenta in occasione di lavoro*, le cui conseguenze durino per più di cinque giorni (Art. 7), ha esclusa quella distinzione fra caso fortuito e forza maggiore: chè anzi copre persino gli infortunî derivanti da colpa dello stesso operaio, il che tutto è messo in chiara luce dal nostro FERRARIS, che tanta parte ha avuto nella preparazione della predetta legge (4). E così è per la Legge sugli infortunî ora vigente (Testo unico del 31 Gennaio 1904, n. 51).

Continuando nella terminologia, osservo che fu detto da taluno doversi distinguere i *casi di mero fatto* dai *casi giuridici*, quelli appartenenti appunto all'ordine dei meri fatti,

(1) FUSINATO, *Gli infortunî sul lavoro e il Diritto civile* in *Rivista ital. per le sc. giuridiche*, Vol. III, pag. 46 e segg., 181 e segg. Sul punto indicato nel testo cfr. pag. 216 e seg.

(2) EXNER, *Begriff der höheren Gewalt* (Wien, Hölder 1883), pag. 19 e segg.

(3) Nota il FUSINATO che assai giustamente alla parola avvenimento è sostituita nella definizione del resto identica l'espressione *caso fortuito* dal HAFNER, *Ueber den Begriff der höheren Gewalt* u. s. w. pag. 71 (FUSINATO, *loc. cit.*, pag. 216).

(4) Cfr. C. F. FERRARIS, *Gli infortunî sul lavoro e la legge*, *Relazione* al Consiglio della previdenza, Sessione del 1897 (2ª ediz., Verona-Padova, Drucker 1897) pag. 44 e segg.

questi derivanti esclusivamente da una sanzione dell'ordine giuridico (esempio l'espropriazione per opera dello Stato a scopo di pubblica utilità) (1), su di che però non è il caso di soffermarsi.

87. Piuttosto è necessario chiarir bene le comuni espressioni di *prestazione* o *sopportazione del rischio e pericolo*. Se ne parla comunemente in ordine alle obbligazioni aventi per oggetto la prestazione di una cosa, precisamente come di *perdita della cosa dovuta* parla il Codice all'Art. 1298 e segg. fra le cause di estinzione delle obbligazioni, quasi per antonomasia, ma è certo che tutte queste espressioni e le relative norme di legge vanno estese all'inadempimento per caso fortuito di qualsiasi obbligazione. Ora le predette espressioni, riferendosi agli effetti del caso, vanno illustrate nel § 2, al quale passo senz'altro.

§ 2.

Effetti del caso. La regola.

SOMMARIO: 88. Si precisa il significato delle espressioni *sopportazione o prestazione del rischio e pericolo*. — 89. Origine e critica dell'antico brocardo *res perit domino*, o *casum sentit dominus*. — 90. Influenza esercitata dal citato brocardo su talune legislazioni moderne, fra cui la francese e la nostra. — 91. Si dimostra la verità del principio *casum sentit creditor*, che si traduce nell'altro *res perit creditori* trattandosi di obbligazioni di dare. — 91-*bis*. Si esaminano a parte, rispetto a queste ultime, le generiche e quelle riferentisi ad una *species*, e se ne trae occasione a meglio chiarire il concetto di *impossibilità* della prestazione. — 92. Locazione di cose ed altre obbligazioni aventi tratto successivo: come l'Art. 1578 rappresenti un'eccezione solo apparente alla regola indicata. — 92-*bis*. Analoga dimostrazione in tema di locazione d'opera. — 93. Spettanza al creditore dei residui della cosa fortuitamente perita e dei diritti sorti occasionalmente dal caso.

88. Chiariremo anzitutto le espressioni indicate in sulla fine del paragrafo precedente, con la scorta del WÄCHTER (2). Vanno

---

(1) Così l'HARTMANN, *Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung, insbes. beim Kauf*, in *Jahrbücher für die Dogmatik* etc. XXII (N. F., X, 1884) pag. 416-496. Egli vi costruisce sopra in riguardo al Diritto romano e al prussiano tutta una teoria sua propria, su cui veggasi MANENTI, *Il caso giuridico* ecc., nel periodico *Studî senesi* ecc., IV, pag. 225-298, V, pag. 30-45.

(2) WÄCHTER, *Ueber die Frage Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu*

a tal uopo distinte le obbligazioni (1) unilaterali dalle bilaterali. Nelle unilaterali si dice che è il debitore che presta o sopporta il rischio e pericolo (*res perit debitori*) se, ad onta della perdita della cosa, egli non sia liberato dal suo obbligo e debba o prestarne un'altra in surrogazione, ovvero offrirne l'equivalente computato in danaro. Così sarebbe se dovessimo concludere che, perita fortuitamente la cosa comodata, il comodatario ne dovesse il valore al comodante. Si dirà invece che in simili casi è il creditore che sopporta o presta il pericolo (*res perit creditori*) se egli perda il diritto a pretendere la cosa, senza poter esigere il valore di essa od altra in sua vece; così se si dovesse decidere nel caso testè proposto che nulla più il comodatario deve al comodante. Quando abbiamo invece obbligazioni bilaterali, si dice, in relazione ad una delle due obbligazioni fronteggiantisi, che è il debitore che sopporta il pericolo (*periculum ad debitorem pertinet*) quando, resa fortuitamente impossibile la prestazione da lui dovuta, non può più astringere l'altra parte alla controprestazione: così, p. es., se nella compravendita, perita casualmente la merce da consegnarsi, se ne concludesse che non può il venditore più esigere il prezzo. Viceversa si dice che è il creditore che sopporta il pericolo (*periculum ad creditorem pertinet*) quando, malgrado la perdita del diritto a reclamare la prestazione dovutagli dalla controparte, egli è nonpertanto tenuto ad eseguire dal canto suo la controprestazione, come sarebbe se nel fatto esempio si venisse a concludere che, pur non potendo più avere la merce, il compratore resti obbligato a pagarne il prezzo.

Notiamo finalmente che il caso fortuito può rendere ineseguibile l'obbligazione in tutto o in parte, più precisamente trattandosi di obbligazione di dare una cosa, può l'evento di cui trattasi averla annientata o semplicemente deteriorata. Nel

---

tragen in *Archiv f. die civil. Praxis* XV (1832) pag. 97-138 e 188-222, seguito dall'ANAU, *Del rischio e pericolo nella compravendita* (*Archivio giuridico*, XXV, pag. 88-160), pag. 94.

(1) Meglio forse i *contratti*.

primo caso si parla di *periculum interitus*, nel secondo di *periculum deteriorationis*. D'ordinario essi seguono la medesima sorte; chi ha il carico delle perdite totali ha pur quello delle parziali, ma la regola non è assoluta: per esempio vedremo a suo tempo farvisi eccezione dall'Art. 1163 per le obbligazioni condizionali (1).

89. Chiarita la terminologia, veniamo finalmente agli effetti del caso, cioè a vedere quale dei due subbietti dell'obbligazione presti il rischio e pericolo nel senso or ora dichiarato.

Gli antichi interpreti del Diritto romano e dietro di essi la prassi nel Diritto intermedio costruirono un principio, del quale risentirono l'influenza anche moderne legislazioni, ma che non è, dice bene il ÇUTURI, altro che uno di quei tanti brocardi che i dottori spesso formavano senza diligente e completa analisi delle leggi (2), il principio cioè *casum sentit dominus*, ovvero *res perit domino*. Sembra che questa massima, la quale si cercherebbe invano nelle fonti, tragga origine da una erronea intelligenza di una costituzione di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, cioè della l. 9 Cod. de pignorat. act. 4, 24, che suona: « Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit » (3). Senza addentrarmi nella questione e nella interpretazione di tal passo, basta a me rilevare come quella massima si trovi in Diritto romano smentita dai principî regolatori del pericolo nelle precipue obbligazioni. Cominciamo dalla compravendita, contratto di così estesa applicazione pratica. È noto che per Diritto romano « traditionibus et usu-

---

(1) Cfr. ANAU, *loc. cit.*, pag. 95.

(2) CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta* in FIORE, *Il Dir. civ. it.*, Parte XII, *Contratti speciali* II (Napoli, Marghieri 1891), n. 59, pag. 136.

(3) Cfr. in proposito WÄCHTER, *loc. cit.*, FR. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I Abth. *Die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w.* (Braunschweig, Schwetschke 1853) § 21, pag. 249-50, BOURBEAU, *Théorie des risques et perils dans les obligations* (Poitiers, Duprè 1875), pag. 2-37, ANAU, *loc. cit.*, pag. 97 e segg., COVIELLO, *op. cit.*, pag. 145 e segg., LONGO, *op. cit.*, pag. 386 e segg. Sull'origine e sul valore della massima in questione non si trascuri poi di consultare il MOLITOR, *op. cit.*, pag. 257-383.

capionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur ». Dunque proprietario rimaneva fino alla consegna della cosa il venditore. E tuttavia, se intanto la cosa periva, periva a carico del compratore, tenuto a pagarne ugualmente il prezzo. Leggiamo nel § 3 Inst. de emt. et vendit. 3, 23: « Quin autem emtio et venditio contracta sit . . . periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit . . .; emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere ». Così nella ripetizione dell'indebito, per citare un esempio ancora. Chi ricevette indebitamente una cosa da persona che se ne credeva suo debitore, ne diviene proprietario, tanto vero che contro di lui per la restituzione non si dà un'azione reale, quale la *rei vindicatio*, ma personale, cioè una *condictio*, la *condictio indebiti*. Tuttavia se la cosa perisce per caso fortuito, perisce a danno di chi gliela ha data, cioè del *solvens*, che quindi nulla può più ripetere dall'*accipiens* (1).

In vista di ciò i sostenitori della massima *res perit domino, casum sentit dominus*, si videro costretti ad apportarvi tante restrizioni e limitazioni, ch'essa da pretesa regola si tramutò in una pura eccezione. Il principio *res perit domino* infatti rappresenta una verità, ma una verità banale quando si prescinde da rapporti obbligatori concernenti la cosa che fortuitamente perisce. Certo che allora essa perisce a danno del proprietario. Questa verità, così ovvia del resto, non è nemmeno completa, perchè sulla medesima cosa, oltre al diritto di proprietà, altri diritti reali ci possono essere contemporaneamente, come l'usufrutto, il pegno, l'ipoteca e simili, ed allora è pur certo che dalla perdita della cosa non il solo proprietario risente danno, ma tutti quelli che hanno su di essa simili diritti (2). Ma noi facciamo la questione del rischio supponendo un'obbligazione, e però due parti l'una di fronte all'altra, di cui l'una doveva prestare la cosa perduta, l'altra aveva diritto di esigerla. Ed è

(1) Cfr. L. 32 pr. D. de condict. ind. 12, 6 di GIULIANO.
(2) ANAU, *loc. cit.*, pag. 96.

allora che non si capisce perchè dei danni casuali debba essere gravato il proprietario come tale, è allora che il preteso principio trova nello stesso Diritto romano donde lo si volle desumere quelle gravi smentite che ho dianzi esposte. Il POTHIER(1) non ha il coraggio di abbandonare del tutto la ripetuta massima. Egli difende il principio romano, che nella compravendita il rischio sia a carico del compratore anche prima della consegna, contro quei filosofi del Diritto (PUFFENDORF, BARBEYRAC) che lo trovavano ingiusto, e ad uno dei loro argomenti, che cioè si va contro così alla regola *res perit domino*, egli risponde creando una distinzione. Ecco, tradotte, le sue parole: « Questa massima riceve applicazione quando si contrappone il proprietario a quelli che hanno la custodia o l'uso della cosa. In tal caso la cosa perisce per il proprietario piuttostochè per quelli che ne avevano la custodia o l'uso, quali per la perdita che avviene della cosa senza loro colpa sono sciolti dall'obbligazione che avevano di restituirla. Ma quando si oppone il proprietario debitore di una cosa al creditore di questa cosa che ha un'azione contro il proprietario per farsela consegnare [caso della vendita alla romana], allora la cosa perisce per il creditore piuttostochè per il proprietario, il quale per la perdita della cosa è liberato dall'obbligo di consegnarla [pur conservando, io aggiungo, il diritto all'eventuale controprestazione] ».

La necessità di tante distinzioni mostra dunque come a torto si facesse della massima *res perit domino* il criterio regolatore della prestazione dei rischi. Se è una coincidenza eventuale, ma non necessaria, che sia proprietario colui che sopporta il rischio, è segno che non si può su questa base costruire la regola che si ricerca.

90. Pure così larghe e profonde radici aveva quel canone, che il legislatore francese si fece grave carico delle citate obbiezioni dei filosofi del Diritto relative al caso di vendita, e,

(1) POTHIER, *Traité du contrat de vente* (*Oeuvres* cit. Vol. I), n. 308, pag. 356-358.

per ristabilire l'armonia fra il *res perit domino* e il principio che nella vendita e in altri contratti, aventi per oggetto il trasferimento di proprietà od altri diritti reali, il rischio lo sopporti l'acquirente prima ancora della consegna, andò contro al Diritto romano sul punto della necessità della tradizione per l'acquisto della proprietà (o di altro diritto reale). Sorse così l'Art. 1138 del Codice Napoleone, che suona: « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. *Elle rend le créancier propriétaire* et *met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite* (à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier) ». È giá evidente in siffatto articolo la connessione che si volle vedere fra il trapasso di proprietà immediato per effetto del solo consenso (novità in confronto al Diritto romano) e la sopportazione del rischio, e più evidente ancora risulta dai lavori preparatorî di quel Codice, precisamente da quanto ebbero a dichiarare in proposito l'oratore del Governo BIGOT-PRÉAMENEU (1) e il relatore al Tribunato FAVART (2).

Analogamente al Codice francese, sia pure con espressioni più corrette, il nostro all'Art. 1125 dichiara: « Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, *la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato* e *la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente quantunque non ne sia seguita la tradizione* ». Ecco dunque legislazioni che, per servire al preteso principio *res perit domino*, introducono questa radicale deviazione dal Diritto romano circa il trapasso di proprietà.

---

(1) FENET, XIII, pag. 230: C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. . . ; *si donc* elle périt par force majeure ou par cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle *res perit domino* ».

(2) FENET, XIII pag. 320: L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat; *d'où il résulte* que la chose périt pour lui ».

Abbiamo d'altra parte un gruppo diverso di legislazioni, le quali, fermo il concetto romano che nemmeno fra le parti basti il solo consenso a trasferire la proprietà, ma esigendo all'uopo la consegna od un atto equivalente com'è l'intavolazione per gli immobili, modificano l'altro principio romano circa la sopportazione dei rischi, che addossano all'alienante e non all'acquirente sino a che la consegna (o l'intavolazione) non sia seguita. Così il *Codice austriaco* (1) il *Landrecht prussiano* (2) e il vigente *Codice civile germanico* (3). (Si ha finalmente un terzo gruppo di legislazioni concordi col Diritto romano in entrambi i punti. Tali il *Codice sassone* (4) e il *Diritto svizzero* (5)).

È certo, tornando al nostro Codice, che, posto il principio dell'Art. 1125, si è allargato il campo di applicazione della regola *res perit domino*, cioè il numero dei casi in cui, dato un rapporto obbligatorio, con la proprietà coincide il rischio. Ma tuttavia non credo possano i sostenitori di quella massima cantare completa vittoria e inneggiare, come fa p. es. il TROPLONG (6), alla perfetta armonia stabilitasi così nella legislazione francese (e nella nostra) fra le nozioni del Diritto naturale e la regola che la cosa perisce per l'acquirente. Lasciamo stare a prezzo di quali incoerenze e, diciamolo pure, di quali storture giuridiche siasi giunti a questo apparente omaggio alla regola *res perit domino*: la proprietà è un diritto reale che

---

(1) *Codice austriaco*, §§ 1064. 1048-1051 sul pericolo, comb. coi §§ 425 e seguenti relativi alla necessità della consegna.

(2) *Allgem. preuss. Landr.* I, 10, § 1 e I, 11, §§ 95 e segg.

(3) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, §§ 323, 446 relativo alla vendita, cui fa solo eccezione il § 2380 nella vendita di un'eredità.

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, §§ 866, 868, 1091.

(5) Cfr. Art. 656 e 713 del *Codice civile svizzero* del 10 Dicembre 1907 comb. con gli Art. 119 e 185 del più volte citato *Codice svizzero delle obbligazioni* del 30 Marzo 1911. Veggasi pure l'anteriore *Codice federale delle obbligazioni* del 1881 agli Art. 145, 199, 204.

(6) TROPLONG, *Della vendita*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1838) n. 356, pag. 219.

dovrebb'essere valido *erga omnes*, ed ecco invece il trapasso della proprietà per sola virtù del consenso aver luogo sì, ma solo nei rapporti delle parti fra loro; rispetto ai terzi resta proprietario l'alienante sino alla trascrizione, se si tratta di immobili, come resta creditore il cedente di fronte ai terzi sino alla notifica al debitore ceduto od alla accettazione di lui per atto autentico se trattisi di cessione di crediti, pure immediatamente operativa di effetti fra cedente e cessionario; se trattasi infine di trasmissione di proprietà mobiliari, non è la priorità del contratto, ma del possesso in buona fede conseguito, quella che pei terzi decide (Art. 1932, 1942, 1539, 1126). Ma poi, non essendo un principio d'ordine pubblico questo del trapasso della proprietà fra le parti per solo consenso, può darsi una vendita con *reservatio dominii* da parte del venditore per un certo tempo; ebbene, aggiornato il trapasso della proprietà nel compratore, se intanto la cosa fortuitamente perisce, come si dovrà regolarsi? Avremmo qui una vendita del vecchio tipo romano e chi ci dice che non debbano appunto applicarsi le norme romane, cioè la sopportazione del rischio per parte del compratore tuttochè non ancora proprietario, sicchè la massima *res perit domino* venga qui a mancare? (1).

Tutto questo poi a prescindere dal riflesso che noi andiamo in traccia di una regola che valga per gli effetti del caso fortuito in ogni specie di obbligazioni, e col *res perit domino* ci si dà invece una regola la quale potrebbe trovare eventualmente il suo campo d'applicazione nelle obbligazioni concernenti prestazione di cose o di diritti sovr'esse, non nelle obbligazioni di contenuto diverso, come quelle di *fare*.

91. Noi dunque, tenendo anzitutto presente questa maggiore generalità della ricerca, e riservandoci di scendere poi al caso particolare delle obbligazioni di dare, dove più comunemente si parla di perdita della cosa e di sopportazione del rischio e pericolo, osserveremo semplicemente che per effetto del caso rimane estinta o modificata l'obbligazione senza ve-

(1) Cfr. LAURENT, *Principes*, XVI, n. 212, pag. 272.

runa conseguenza pregiudizievole pel debitore inadempiente (1). Ed è questo il senso in cui va presa la l. 23 D. de reg. iur. 50. 17 di ULPIANO, secondo cui « casus a nullo praestantur ». Il diritto alla controprestazione, ove trattisi di contratto bilaterale, rimarrà integro, chè, non essendoci per ipotesi imputabilità, non ci dev'essere responsabilità nè danno per la parte che non può eseguire la sua obbligazione. Questa obbligazione sarà del tutto estinta se il caso porta la ineseguibilità assoluta; se porta invece ineseguibilità parziale del debito, ove la natura e lo scopo del negozio giuridico lo consentano, può aver luogo l'adempimento per quel tanto che è possibile (2).

Può essere finalmente che il caso renda ineseguibile solo qualche obbligazione accessoria, rimanendo integra l'essenza dell'obbligazione principale. Questa allora continua a sussistere, punto pregiudicata da quel caso fortuito (3).

Il LAURENT reca qui l'esempio della locazione di case, ove stanno per legge, e salvo patto in contrario, a carico dell'inquilino certe riparazioni di piccola manutenzione determinate dalle consuetudini dei luoghi, e fra altre talune indicate all'Art. 1754 del *Codice francese* (1604 del nostro). Pure l'inquilino ne è dal successivo articolo 1755 (1605) dichiarato esente se le riparazioni siano cagionate da (vetustà o da) forza maggiore, del che lo stesso Art. 1754 (1604) dà l'esempio quanto ai « vetri rotti dalla grandine o per qualche altro accidente straordinario e di forza maggiore per cui l'inquilino non sia responsabile » (4). Ma è un esempio mal recato, a mio avviso. Qui infatti non è che per forza maggiore non si possa adempiere una obbligazione accessoria già esistente, ma gli è piuttosto che dessa non sorge più perchè dalla forza maggiore o caso ha origine l'evento (rottura dei vetri) su cui altrimenti l'obbligo della riparazione si fonderebbe.

Per le cose fin qui esposte si potrà dunque, in sostituzione

---

(1) GIORGI, *op. cit.*, Vol. II, n. 10, pag. 19 (7ª ediz.), CHIRONI, *Colpa contrattuale*, n, 314, pag. 694-696, COVIELLO, *op. cit.*, pag. 169 e segg.

(2) CHIRONI, *loc. cit.*

(3) CHIRONI, *loc. cit.*

(4) LAURENT, *Principes*. XVI n. 270. pag. 332.

al vieto aforisma *casum sentit dominus*, adottare l'altro *casum sentit creditor* (1).

Quando poi ci trasportiamo alla speciale categoria delle obbligazioni relative a prestazione di cose o di diritti sovr'esse, quell'aforisma si risolverà nell'altro *res perit creditori*, da surrogarsi al *res perit domino*.

91 bis. Ma a proposito di siffatte obbligazioni, è a ricordare ch'esse vanno distinte in due grandi classi, secondochè ne è oggetto la prestazione di un *genere* o di una cosa determinata nell'individuo (*species*).

Nella prima ipotesi, salvo che si tratti di un *genus limitatum* (cioè si debba prestare *unum de certis*), di caso fortuito che liberi dall'obbligo della prestazione non si può parlare, perchè sta allora l'invocare la massima *genus non perit* e quindi l'impossibilità liberatrice dell'adempimento per mancanza di cose onde estinguere la obbligazione non c'è. Esempio: trattisi di un mutuo di danaro, di grano e simili. Sia pure che il mutuatario venga a perdere fortuitamente quella quantità di danaro, di grano, ecc. ch'egli avea messa da parte per adempiere la sua obbligazione, essendochè altro danaro, altro grano utile all'uopo sussiste, l'obbligazione permane. (Se a ciò sia da ricondurre l'Art. 61 del Codice di commercio, o se ed in che senso esso contenga una deviazione dalle norme comuni in argomento, ci riserviamo di esaminare fra breve).

Quando invece l'obbligazione si riferisce a cosa certa e determinata nell'individuo, il fortuito perire della cosa include necessariamente l'impossibilità non imputabile di eseguire la obbligazione e quindi disobbliga. Così nel comodato, se per un fortuito perisce la cosa, il comodatario è sciolto da ogni obbligo. Donde la norma da tanti oramai accolta « *debitor rei certae fortuito interitu rei liberatur* (2).

(1) Veggasi particolarmente, in quanto dispensa per la copiosa dottrina da altre citazioni, COVIELLO *Op. cit.*, pag. 169-191, che si sofferma con acume sulle disparate teoriche sorte a giustificazione della massima *res perit creditori*. Contro il COVIELLO e in difesa del vecchio principio *res perit domino* FIORENTINO, *Op. cit.*, pag. 60 e segg.

(2) Cfr., fra tanti, ANAU, *loc. cit.*, pag. 114.

Prendiamo ora un contratto bilaterale, e più precisamente la vendita. Che cosa vi troviamo? Due obbligazioni l'una di fronte all'altra, ciascuna delle quali seguirà nei riguardi dei rischi le regole che le son proprie. Se la vendita p. es. sia di una cosa certa, l'obbligazione del venditore concernerà una *species*, quella del compratore un *genus* (prezzo in danaro). Prima della consegna la cosa fortuitamente perisce, il venditore di nessuna colpa è imputabile avendo egli scrupolosamente osservato il precetto dell'Art. 1219, per cui l'obbligazione di dare include quella di conservare la cosa fino alla consegna: orbene, egli è liberato come se avesse, potendolo, consegnata la cosa. Ma dacchè lo si considera appunto come se avesse adempiuta la sua obbligazione, deve a sua volta il compratore adempiere la propria, avente per oggetto la prestazione di un tal *genus* che veramente *numquam perit* (il prezzo in danaro). Perfetta l'obbligazione *hinc inde*, ha poi il debito di ciascuna parte vita e sorte sua propria; chè il sinallagma *genetico*, appunto perchè tale, non trascina anche *posteriormente* l'una prestazione a subire le vicende dell'altra (1). Nè in ciò si sa vedere oltre a tutto quella iniquità contro cui protestavano, lo sappiamo, tanti scrittori di Diritto naturale, molto più ove si consideri che, se la cosa prima della consegna avesse avuto dei fortuiti incrementi (es. per alluvione), il vantaggio sarebbe pur spettato al compratore, onde appare ragionevole e giusto che, come il *commodum*, così tocchi a lui il *periculum* (2), giusta il noto canone formulato da PAOLO nella l. 10 D. de reg. iur. 50. 17 con le parole: « secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda » e viceversa (3).

---

(1) Cfr. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 182-191.

(2) LAURENT, *Principes*, XVI, n. 209, pag. 269-270.

(3) Badisi bene dunque che io non mi fondo *esclusivamente* su questo principio della correlatività fra *commoda e incommoda*, per la cui precisa portata veggasi FR. MOMMSEN, *Erörterungen über die Regel commodum eius esse debet etc.* in *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, I Heft (Braunschweig, Schwetschke 1859), ma lo invoco in via sussidiaria, quasi direi a colorar di equità l'adottata regola *res perit creditori*.

Ora proseguendo nell'esemplificazione, dalla ipotesi di cosa determinata nell'individuo, passiamo a configurare la compravendita di cosa indicata soltanto nel genere. La questione del *rischio*, se cioè lo si debba anche qui addossare al compratore, evidentemente non ricorre, anzi si può dire che non ha senso, fintantochè perdura la indeterminatezza di oggetto inerente al carattere di obbligazione generica. E quando cessa tale indeterminatezza perchè vengono individuate le cose con le quali estinguere il debito, di obbligazione generica non si parla più: entrano in campo allora, ma allora soltanto, le norme sul rischio proprie delle obbligazioni relative a corpi certi e determinati, quale oramai è diventata la vendita in questione. Dunque se dopo la predetta individuazione, mercè cui si traggono fuori dal *genus* cose ben precisate, queste periscono fortuitamente, ne sopporterà il compratore il danno, e il venditore conserverà il diritto al prezzo. Ad operare poi tal metamorfosi non basterà di regola un atto unilaterale del venditore: posto dunque ch'egli separi da solo e metta da parte, destinandole alla consegna, cose tratte da quel tale *genus*, si avrà a ripetere quanto poc'anzi si è notato pei contratti unilaterali: cioè che in questo suo fatto « non si ha che un preparativo giuridicamente irrilevante, nè la subbiettiva conoscenza del creditore che la *species* sia destinata a lui trasforma punto l'obbligazione genericamente contratta in obbligazione di specie » (1). La separazione ha da essere atto bilaterale, il che però non significa (sarebbe trascorrere all'opposto eccesso) che non possa altrimenti avvenire se non mediante consegna delle cose al compratore: basterà p. es. che il processo della pesatura, numerazione, o misurazione segua in presenza pure e col concorso del compratore o di un suo rappresentante (2). La insufficienza di una separazione o

(1) VASSALLI, cit. *Delle obbl. di genere in Dir. Romano*, pag. 84, che però, seguendo il JHERING (in *Jahrb. für die Dogm.* etc., IV, pag. 413 e *passim*), va sino a credere necessaria per la specificazione la *traditio* al compratore.

(2) TARTUFARI, cit. *Trattato della vendita e del riporto*, 2ª ediz., n. 249, pag. 179, preceduto da una chiara esposizione critica delle varie teoriche. *Adde*, fra tanti, VIVANTE, *Op. cit.*, vol. III, n. 919, pag. 104-105, e vol. IV, n. 1628, pag. 139-140.

individuazione unilaterale è oramai, *in linea di principio*, così generalmente riconosciuta, che, pur ammettendosi, come il commercio esige, bastare nelle vendite da piazza a piazza la spedizione delle merci ad opera del venditore perchè avvenga il passaggio dei rischi e della proprietà (1), c'è chi si sforza a ricondurre anche tale ipotesi sotto il concetto di separazione bilaterale. o ravvisando nel vettore che riceve quelle merci pel trasporto un *negotiorum gestor* rispetto al compratore per quanto riguarda la specificazione delle merci stesse, oppure facendo ricorso al concetto di contratto con se stesso (*Selbstcontrahieren*), dove il venditore *duas personas sustinet*, di venditore cioè e al tempo stesso di rappresentante del compratore agli effetti della specificazione predetta (2).

Se, fino a che l'individuazione o specificazione dell'oggetto non sia avvenuta, non è il caso di parlare di *prestazione del rischio* nel senso proprio di codesta espressione pei contratti bilaterali (v. *supra*, n. 88, pag. 342), sotto altro aspetto si profilerà la questione circa gli effetti del caso fortuito nelle compravendite generiche, prima della predetta individuazione. La questione infatti non sarà già di vedere se il compratore rimanga obbligato al prezzo pur essendo venuta meno la possibilità ch'egli ottenga le cose del genere pattuito, ma se almeno dal fortuito derivi, come da causa estintiva dell'obbligazione, la conseguenza che il venditore, come nulla può esigere, così nulla più debba dare. Rispondo che così dovrà essere appunto, in applicazione dei principî già svolti (cfr., n. 91, pag. 350-351): della mancata prestazione non dovrà il venditore alcun surrogato o compenso sempre perchè *casus a nullo praestantur*. Questa la conclusione. Senonchè qui vien fatto di

---

(1) Dottrina ormai incontestabile la dice il VIVANTE, *Op. cit.*, vol. IV, n. 1637, pag. 154 e da ultimo cfr. sent. 15 dicembre 1913 della Cassazione di Roma (causa Soc. molini Pantanella c. Pia) in *Foro it.*, XXXIX (1914), p. I, col. 208 coi richiami ivi in nota.

(2) Quest'ultima costruzione traluce, per es., dalla sentenza citata alla nota che precede.

chiedersi se l'ipotesi alla quale tale conclusione si riferisce possa in pratica verificarsi. Parrebbe infatti *prima facie* doversi risolvere negativamente codesta pregiudiziale, perchè *genus numquam perit,* canone tradizionale da me pure in precedenza ricordato. Ma già avvertii che può trattarsi di *genus limitatum,* cioè talmente circoscritto per l'aggiunta di peculiari caratteri e determinazioni, da rendersene allora possibile la totale scomparsa e ciò in conformità a quanto fu esposto nel dare il concetto di obbligazione di genere (v. *supra*, n. 43-bis, pag. 219 e segg.). Rammentisi pure che agli effetti del fortuito la nostra legge ha agguagliata al *genus* vero e proprio l'ipotesi di un gruppo risultante da circostanze estrinseche e non dall'intrinseca natura degli enti in esso raccolti (*ibid.*, pag. 221-222). Perito l'intero gruppo prima della specificazione, la compravendita si ha come non perfetta e nulla è dovuto nè da una parte nè dall'altra (art. 1450 Cod. civ.).

Tale essendo la posizione dei principî per Diritto civile, si domanda se e che cosa di particolare abbia inteso di sancire il legislatore con l'Art. 61 del Codice di commercio per il caso che trattisi di un contratto di vendita commerciale. Dispone quest'articolo: « Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per quantità, specie e qualità, senz'altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore è obbligato a consegnare nel tempo e nel luogo convenuti la quantità, la specie e la qualità promesse, quantunque le merci che fossero a sua disposizione al tempo del contratto, o che egli si fosse procacciato in appresso per l'adempimento di esso, siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l'invio o l'arrivo ».

Sulla compravendita, regolata pure dal Codice civile, il legislatore commerciale si propose di dettare soltanto, a scanso di duplicati inutili, quelle norme speciali che costituissero una deviazione dal Diritto comune. Muovendo da questa premessa, avvalorata dai lavori preparatorî sia del Codice mercantile del 1865, sia di quello ora vigente (1), gli interpreti vollero a tutti

(1) Cfr. *Lavori della Commissione preliminare* per la compilazione del Cod. comm. del 1865, vol. III, pag. 625, (Tornata 25 maggio 1865) citati dal VIVANTE,

i costi ravvisare nell'Art. 61 un'antitesi perfetta con le norme relative agli effetti del fortuito nelle comprevendite generiche civili. Ma batterono all'uopo due opposte vie.

Gli uni ravvisano la singolarità in questo, che, mentre in materia civile, avvenuta che sia la specificazione o individuazione delle cose vendute, queste oramai stanno a rischio del compratore (Art. e arg. Art. 1450 Cod. civ.), in materia commerciale le merci, tuttochè individuate, stanno a rischio del venditore finchè non ne sia per di più avvenuta l'effettiva *consegna* all'acquirente. Se dunque la merce già individuata o perisca, o non possa essere spedita al compratore o se speditagli non possa giungere a destinazione per causa estranea non imputabile al venditore, questi, lungi dal considerare estinta la sua obbligazione ed integro il diritto al prezzo, dovrà ugualmente provvedersi di altre merci nella quantità e qualità pattuite per consegnarle, nel tempo e nel luogo convenuti, al compratore (1). Il pernio di siffatta teorica sta in una tal esegesi dell'ultimo periodo dell'Art. 61, per cui le parole « quantunque . . *ne* sia stato per qualsiasi causa impedito *l'invio od arrivo* alludano alle merci spedite (e con ciò già individuate) *dal venditore al compratore* (2).

Tutta questa costruzione cade d'un soffio per altri che quelle parole riferiscono invece all'impedito invio od arrivo al *venditore* di quelle tali merci ch'*egli si era procacciate*, cioè ch'egli aveva a suoi proprî fornitori commesse per eseguirne poi a sua volta la consegna o spedizione al proprio cliente e così

---

op. e vol. cit., pag. 148 in nota e *Relazione Mancini* sul Progetto del Codice attuale (CASTAGNOLA e GIANZANA cit. *Fonti* ecc. I, pag. 302).

(1) Va segnalato come il più recente ed esplicito sostenitore di questa teorica il prof. BIONDI, *Sul rapporto tra l'Art. 1450 Cod. civ. e l'Art. 61 Cod. comm.*, nota a sent. 20 febbraio 1913 della Cassazione di Napoli, in *Rivista del Dir. comm.*, XII (1914), parte II, pag. 100 e segg.

(2) Esegesi già adottata da altri prima che dal BIONDI, come il DELLA CARLINA, *Del passaggio del pericolo della cosa nella vendita*, in *Monitore dei Tribunali*, XIV (1873) (pag. 913 e segg.), pag. 918 (relativamente all'Art. 98 del Codice del 1865) e N. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 238-239 e nel citato articolo in *Filangieri*, XXIII (1898), pag. 17. Ma quest'ultimo, come vedremo, se ne serve a ben altro fine.

adempiere con esse la sua obbligazione (1). E allora fra costoro i più ripongono la eccezionalità dell'Art. 61 di fronte ai principî generali in una pretesa deroga agli Art. 1225, 1226 Cod. civ. circa la qualità di fatti estranei e a lui non imputabili che possano dal venditore addursi a propria discolpa, sì da ritenerne oramai estinta l'obbligazione. Cedo qui la parola all'antesignano di tale teorica, il VIVANTE, alla cui grande autorità è dovuto il largo seguito ch'essa ha avuto non soltanto nella dottrina, ma anche nella più recente giurisprudenza (2). Con l'Art. 61 Cod. comm. il legislatore, egli dice, dà al venditore a termine di cose generiche *questo grave avvertimento*: « se alla scadenza del contratto non hai a tua disposizione le merci con cui contavi di eseguirlo, *sia pure per forza maggiore*, devi risarcire il danno che rechi con l'inadempimento; mercè la vendita a termine hai dato al compratore l'assicurazione della consegna; se non la puoi eseguire il rischio deve ricadere sul tuo patrimonio ». Prosegue l'illustre giurista col trarre dalle esigenze e condizioni speciali del mondo commerciale le giustificazioni di questa ch'egli qualifica *dura legge*. Questa gravità, questa durezza, in altre parole questo speciale rigore proprio della compravendita commerciale di un *genus* consisterebbe nell'avere ammesso *un nuovo caso di responsabilità senza colpa* « penetrato nella trama del diritto comune, a carico delle imprese commerciali, simile a quello che incoglie le imprese industriali per gli infortuni del lavoro o per le colpe

---

(1) Così, fra tanti, VIVANTE, *op. cit.*, vol. IV, n. 1637, pag. 153-154, VIDARI, cit. *Corso*, vol. III, n. 2672, pag. 471, TARTUFARI, *op. cit.*, n. 242, pag. 175 testo e nota 1, PAGANI, *Del commercio in generale*, vol. I del *Commentario del Cod. comm.* di Milano (Vallardi), pag. 614-615.

(2) Per la dottrina veggansi particolarmente TARTUFARI e PAGANI nei luoghi testè citati: quanto alla giurisprudenza numerose sentenze (specie occasionate da casi di scioperi e dalla guerra italo-turca) che possono leggersi, corredate di importanti note, nelle annate 1911, 1912, 1913 della *Rivista del diritto commerciale*. Merita di essere particolarmente segnalata una sent. del 24 gennaio 1913 della Corte d'Appello di Bologna (causa Scudelotti Ravaioli c. Landini) inserita pure in *Foro it.*, XXXVIII (1913) p. I, col. 644.

dei dipendenti. Le imprese devono riparare gli *accidenti anche fortuiti che avvengono nella loro sfera d'azione,* colle loro stesse energie. Solo quando trattisi invece di cause *generali* estranee alla azienda venditrice, la quale non avrebbe potuto ostarvi con la propria azione preventrice o riparatrice, essa rimane liberata da ogni obbligo. Tali sono quelle cause che colpiscono tutte le aziende esercenti lo stesso ramo di commercio, come ad es. l'essere tutto il genere perito, o proibitane l'importazione, o interrottane la produzione per uno sciopero generale e internazionale fra gli operai. Viceversa persiste per l'art. 61 l'obbligazione a carico del venditore (*e sta in ciò il contrasto con la regola scritta nell'Art. 1225 Cod. civ.*) se egli si trovi ridotto all'impossibilità di fare la consegna per cause estranee bensì alla sua volontà e all'opera sua, ma particolari alla sua azienda, come nel caso di incendio, di furto, di naufragio, di sciopero [non generale] a lui non imputabile. Con due argomenti suffraga il VIVANTE l'esposta interpretazione dell'art. 61 e la predetta distinzione ch'egli reputa dunque *propria delle sole vendite commerciali di un genus*: 1) che bisogna pure intendere le cose a questo modo se si vuole, come si deve, dare all'art. 61 il significato di una regola speciale al commercio, dettata per provvedere a suoi peculiari bisogni e costituente un'eccezione al Diritto civile — 2.) che le ipotesi configurate dall'art. 61 come insufficienti a funzionare da cause liberatrici del venditore (perdita fortuita delle merci già ammassate ne' suoi magazzini o viaggianti per conto suo) sono appunto cause d'inadempimento estranee al fatto del debitore, ma inerenti alla sua azienda, non generali a tutte le aziende esercenti lo stesso ramo di commercio (1).

---

(1) VIVANTE, *op. cit.*, Vol. IV, n. 1635, pag. 147-152. Come ho detto nel testo, egli ha fatto gran scuola. Così il TARTUFARI, ricredendosi di quanto avea scritto nella 1ª edizione della citata sua opera, dice che «in realtà l'art. 61 ha una portata di somma importanza, in quanto ha per effetto di escludere in materia di vendita commerciale la possibile applicazione degli art. 1225 e 1226 cod. civ.» e prosegue esemplificando sulle traccie del VIVANTE (n. 243, pag. 175), il cui insegnamento (mi si permetta ancora questa citazione) è pure seguito e può

Esposte le due teoriche formatesi nella interpretazione dell'art. 61 Cod comm., prima di criticarle partitamente faccio un'osservazione comune ad entrambe. Ed è questa, che esse tradiscono la preoccupazione di dovervi leggere disciplinato un modo di operare del caso fortuito, *quale causa liberatrice dell'obbligazione del venditore,* diverso e più rigido in materia commerciale in confronto del Diritto civile. Ma così facendo si prese troppo alla lettera, o quanto meno si spinse a conseguenze estreme il proposito annunciato dal legislatore commerciale, in tema di vendita, di dettare soltanto delle eccezioni rispetto al Diritto comune. Il granchio enorme che notoriamente fu preso nei *Motivi* ufficiali sull'articolo in esame doveva mettere sull'avviso e rendere dubbiosi sulla reale sussistenza di quell'ampia e recisa antitesi che l'articolo dovrebbe contenere in confronto delle ordinarie norme di Diritto privato. La *Relazione Mancini* rende infatti ragione dell'art. 61 nei seguenti termini: « Ad un altro principio di diritto civile era pur necessario derogare nella vendita commerciale, cioè a quello che rende nulla la vendita se la cosa venduta perisce (art. 1461 cod. civ.). Ma in commercio essendo frequente la vendita non già di cose che materialmente costituiscono un corpo certo e determinato, bensì genericamente di merci designate soltanto nelle loro qualità senza altra indicazione, la vendita in tali casi fu mantenuta valida, ed obbligatoria la consegna della convenuta quantità, specie e qualità di merci, ancorchè fossero perite quelle che il venditore aveva a sua disposizione nel tempo del contratto, o ch'egli in appresso si fosse procurato ecc. » (1). Ora basta tenere sott'occhio l'art. 1461 Cod. civ.

---

dirsi efficacemente riassunto dal PAGANI, *L'art. 61 Cod comm.*, nota a Sent. 23 Marzo 1912 della Corte d'Appello di Modena in *Riv. del Dir. comm.*, X (1912) p. II, pag. 586-590, con le seguenti parole: « Di fronte all'art. 61 Cod. comm. si deve distinguere fra caso fortuito generico e caso fortuito specifico all'azienda del debitore e mentre l'uno e l'altro *libererebbero* il venditore civile per effetto degli art. 1225, 1226 Cod. civ., il venditore commerciale invece rimane liberato dal fortuito della prima specie e non da quello della seconda. »

(1) CASTAGNOLA E GIANZANA, cit. *Fonti e motivi del Cod. di Comm.* Vol. I, pag. 304. —

(« La vendita è nulla *se al tempo del contratto* era interamente perita la cosa venduta ») per avvertire che nessuna correlazione è possibile fra l'articolo stesso e quello del Codice commerciale, e ch'essi non possono stare nel rapporto di regola ad eccezione in riguardo ad una medesima ipotesi, perchè si riferiscono invece a due ipotesi assolutamente diverse, che nulla, proprio nulla, hanno a che fare fra loro. L'art. 1461 suppone una vendita di *cosa certa e determinata,* la quale cosa era *già perita* quando si stipulò il contratto; l'art. 61 invece suppone una vendita di *genere* e la perdita di cose a quel genere pertinenti *sopravvenuta dopo* la conclusione del contratto. Dunque non regge quella deroga che si era creduto e dichiarato di introdurre e gli stessi commercialisti riconoscono il grosso equivoco in cui il Ministro proponente è caduto (1). Vano è pertanto l'invocare il *generico proposito del legislatore commerciale in materia di vendita* se risulta poi che nel tema *speciale* dell'art. 61 si *credette* di averlo attuato con tale una soluzione che in realtà costituirebbe un non senso. In conseguenza di ciò l'interprete rimane libero dal dover a priori rintracciare nel testo legislativo in questione uno strappo alle regole fondamentali sulla virtù liberatrice del caso fortuito nelle obbligazioni, nè dovrebbe credere di venir meno al debito suo se un esame spassionato di quel testo lo portasse per avventura a concludere ch'esso, anche se dettato con intento di sovvertire, non avesse fatto in realtà che ripetere principî di Diritto comune.

Dopo tale premessa, osservo sulla prima delle enunziate teoriche essere effettivamente ambiguo il senso delle ultime parole dell'articolo 61. Ma delle due interpretazioni a cui si prestano, quella senza dubbio dovrà preferirsi che meglio risponda alle esigenze del commercio. E tale non è certamente quella esegesi per cui la merce oramai specificata, e con ciò posta a rischio e pericolo del compratore in materia civile,

---

(1) Cfr., fra tanti, TARTUFARI, *op. cit.*, n. 242, pag. 174. VIVANTE, *op. e vol. cit.* pag. 148 nota 11. È significante che la predetta dichiarazione del Ministro, da nessuno contraddetta nella elaborazione della legge, è tutto ciò che ci presentano i lavori preparatori sull'art. 61.

continui invece a rimanere a carico del venditore fino all'effettiva presa di possesso ove si tratti di vendite commerciali. Ma non è anzi per queste che si è fatta strada il principio, oramai comunemente accolto, che persino l'atto unilaterale della spedizione costituisca individuazione della merce sempre che trattisi di vendita da una ad altra piazza? A che scopo tal principio se non per la traslazione del rischio nel compratore? Si capisce che chi, seguendo il JHERING, adotta come *massima generale*, sia per le compravendite civili che per le commerciali, la necessità della consegna perchè le cose genericamente dedotte in contratto s'abbiano a dire individuate, invochi *a riprova* l'art. 61 Cod. comm. intendendone le ultime parole come relative a spedizione ed arrivo delle merci dal venditore al compratore. Fa così p. es., e con perfetta coerenza data quella premessa, il compianto N. COVIELLO (1). Ma chi invece con noi consente nell'ammettere *come regola* la sufficienza di altro atto bilaterale diverso dalla consegna perchè si consideri avvenuta la individuazione delle cose vendute, non saprà certamente addurre alcun plausibile motivo della *eccezione* che proprio in materia di commercio, all'effetto del rischio, si pretende apportata da questo famosissimo art. 61 Cod. comm. con l'esigere la effettiva tradizione al compratore perch'egli sopporti il pericolo delle merci, tuttochè già prima individuate.

Resta dunque preferibile l'esegesi opposta delle predette parole finali dell'articolo. Ma non ne viene per questo che in essa sia scolpita, come porta la teorica del VIVANTE, un'antitesi tra vendite civili e vendite commerciali quanto alla natura ed entità dei fortuiti operanti come causa liberatrice di obbligazione per il venditore. Dove egli accenna ad eventi che si svolgono nell'orbita dell'azienda del venditore, come incendio, furto e simili, dice cosa inesatta affermando che in quanto siano non imputabili al venditore, lo liberano per Diritto civile. Lo libererebbero, se si trattasse di vendita di cosa certa e determinata alla quale soltanto si riferisce l'art. 1298 Cod. civ. E così se, pur trattandosi di vendita generica,

(1) Cfr. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 238-239.

fosse già successivamente avvenuta la specificazione delle merci. Ma l'ipotesi invece intorno a cui si discute è quella di vendita di genere a specificazione non ancora avvenuta. E allora per verità anche trattandosi di vendita civile l'obbligazione perdura, perchè l'avere quegli eventi (estranei alla volontà e al fatto del debitore e a lui non imputabili) colpite le cose da lui unilateralmente poste in disparte o commesse, non toglie la *possibilità*, che altre del genere pattuito egli ne trovi e si procuri e dobbiamo pur sempre ricordare che proprio gli art. 1225, 1226 cod. civ. ci hanno fatto porre come capi-saldi due requisiti perchè s'abbia il concetto specifico di caso fortuito, cioè non solo una causa estranea al debitore non imputabile, ma causa tale che gli impedisca l'adempimento dell'obbligo (v. *supra*, n. 83, pag. 332).

Dunque le ipotesi prospettate dall'art. 61 non segnano punto una differenza fra vendita civile e vendita commerciale nel senso che in quella e non anche in questa disobblighino affatto il venditore. Nè potrebb'essere altrimenti. Una delle forti ragioni che il VIVANTE adduce a giustificazione dell'art. 61 è tale infatti da operare ugualmente nel mondo civile e nel commerciale. Egli scrive: « i facili mezzi di informazioni e di trasporti aprono ormai al commerciante tutto il mercato mondiale, onde può di regola provvedersi, se si tratta di merci fungibili, o sulla piazza od altrove di quelle mancate » (1). Ora codesta facilità di comunicazioni (di notizie e di cose) sussiste nella vita odierna per tutti, siano commercianti o no. Invece un'altra delle ragioni addotta dall'illustre commercialista contiene veramente qualche cosa di particolarmente proprio al mondo mercantile. Accenna egli alla concatenazione degli affari in commercio: l'acquirente a termine s'è già fatto a sua volta venditore ad altra ditta della merce che attende, donde il propagarsi dei danni da un'azienda all'altra se non vi si porga riparo sin dall'inizio. (2) Ma que-

---

(1) *Loc. cit.*, pag. 148.

(2) *Loc. cit.*, pag. 147-148.

st'osservazione esattissima conduce, mi pare, a diversa conclusione: si può dire anzi ch'essa ci fornisca la chiave per interpretare l'art. 61 in quello che effettivamente esso ha di proprio. Ferma l'obbligazione del venditore tanto in civile che in commerciale ove ricorrano le ipotesi divisate in detto articolo, rimane in commerciale altresì assoluto l'obbligo di consegna della quantità specie e qualità promesse *nel tempo e nel luogo* convenuti, il che, nota bene l'ASCOLI, importa responsabilità del venditore anche pel ritardo, benchè a lui non imputabile e la possibilità della risoluzione del contratto *ipso iure* nei termini dell'art. 67 cod. comm. (1). Invece in materia civile è per lo meno seriamente sostenibile in qualcuna delle ipotesi configurate nell'art. 61 la irresponsabilità pel ritardo in difetto di quella colpa che, come vedremo, è elemento essenziale alla vera e propria *mora debendi*.

Che nulla più di questo possa ammettersi, che cioè la vendita *civile* di un *genus* non presenti alcun titolo ad essere trattata più benignamente di quella commerciale quanto alla *virtù liberatrice* dei casi fortuiti,è avvalorato da un istruttivo raffronto con la legislazione tedesca. Il *Codice civile germanico*, al § 275, pone come regola sulla stessa linea, all'effetto di liberare il debitore, la sopravvenuta impossibilità della prestazione e la sopravvenuta impotenza di lui ad effettuarla (sempre inteso che le circostanze che determinano o l'una o l'altra non siano a lui imputabili). Ma poi al §. 279 abbandona questa equiparazione ove l'oggetto dovuto sia determinato soltanto nel genere: allora l'impossibilità della prestazione esonera, ma non anche la personale impotenza del debitore, ad onta della quale egli rimane obbligato ancorchè sia scevro da colpa » (2).

---

(1) ALFREDO ASCOLI, *Note* di *giurisprudenza*, n. 50, in *Rivista di Dir. civile*, V (1913) pag. 353-355. Idea già prima adombrata dal BARASSI, *Se e quando losciope ro sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 Cod. civ.* in Appendice alla trad. del BAUDRY-LACANTINERIE, *Locazioni* II (Milano, Vallardi), pag. 564.

(2) *Codice civile germanico* § 275: « Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmög-

Meglio dunque che affaticarsi a escogitar differenze sull'efficacia liberatoria del caso in civile e in commerciale, sarà il precisare il concetto di quella *impossibilità* della prestazione, che, derivata dal fortuito, opera ugualmente qua e là. E a tal proposito spiegherà indubbiamente il suo valore la distinzione che il VIVANTE ha messa in rilievo (1) e che è, si può dire, dominante fra i civilisti tedeschi nella interpretazione del testè ricordato §. 279 del Codice civile germanico (2). Il genere che pur sussiste *in rerum natura* sarà da considerarsi *giuridicamente* come mancante, se non sia dato valersene per l'esecuzione del contratto in causa di un impedimento d'indole *generale*, cioè inerente alla prestazione nella sua obbiettività e

---

lich wird. — Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich ». — §. 279 : Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, *solange die Leistung aus der Gattung möglich ist,* sein Unvermögen zur Leistung *auch dann zu vertreten*, *wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt* ».

(1) Di passaggio osservo che quel malaugurato art. 61 Cod. comm. donde egli ha creduto di doverla desumere, per concludere in pari tempo alla pretesa diversità di trattamento fra vendite civili e commerciali, è proprio anche sotto questo aspetto concepito in modo così infelice da poter far credere a chi lo prendesse alla lettera che anzi nelle vendite *commerciali* di un *genus* non abbiano efficacia liberatoria nemmeno le cause di forza maggiore comuni a tutte le aziende congeneri. Vi si suppone infatti, fra altro, che delle merci commesse dal venditore per adempiere con esse il contratto sia stato impedito l'invio o l'arrivo *per qualsiasi causa*. Cfr. BIONDI, *loc. cit.*.

(2) Cfr. OERTMANN, cit. *Kommentar*, sul § 279, n. 1, pag. 122 e i numerosi autori ivi citati. Altri trovansi indicati nel brevissimo scritto del RICCA-BARBERIS, *L'impossibilità della prestazione* in *Riv. del Dir. comm.*, V (1907), p. I, pag. 155-157 e al n. 51, pag. 558-559 della citata Appendice del BARASSI alla traduzione delle *Locazioni* del *Baudry-Lacantinerie*, sul tema *Se e quando lo sciopero* ecc., ch'è memoria pregevole assai per l'ampia trattazione di questo tema della fortuita impossibilità della prestazione dovuta. Aggiungasi fra i più recenti, RABEL, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österr. Recht* in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgem. bürgerl. Gesetzbuchs, 1 Juni 1911* II Th. (Wien, Manz 1911) pag. 823-846. Il RABEL s'era già prima occupato del tema in *Festgabe für Bekker* (Weimar 1907) e con un articolo inserito nel periodico *Das Recht* del 1911.

però tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che se ne trovasse debitrice. Con siffatto temperamento va inteso quanto sulla persistenza del genere si è affermato sin dal principio del presente numero (*91 bis*). Altro quesito poi sarà quello della efficacia definitiva o no di un impedimento siffatto sulla sorte dell'obbligazione, cioè se, data la *temporaneità* dell'impedimento *generale*, s'abbia a dire oramai estinta l'obbligazione anche quando l'impedimento viene meno, o se invece allora resti tuttavia in piedi l'obbligo del venditore alla consegna delle quantità e qualità pattuite e il correlativo diritto nel compratore ad esigerle. Bisognerà all'uopo esaminare caso per caso se il termine per la consegna, che non si potè per il fortuito (di natura generale) osservare, era, o no (userò un'espressione dell'art. 69 Cod. comm.) essenziale alla natura dell'operazione, perchè se era tale l'obbligazione dovrà dirsi definitivamente estinta. E qui sì, veramente esplicherà pratica importanza la natura commerciale o civile della vendita, chè molto più facilmente in commercio avverrà di riscontrare nel termine il carattere testè accennato.

Su questo tema particolare ci toccherà ritornare quando illustreremo le cause, o, come il Codice le chiama, i modi onde le obbligazioni si estinguono. Fra le quali cause sta la perdita, senza colpa del debitore, della cosa certa da lui dovuta; e alla perdita o perimento che dir si voglia, è pareggiato lo smarrimento della cosa (art. 1298). Vedremo allora presentarsi un quesito analogo a quello or ora accennato per le obbligazioni di un *genus*, cioè se, rinvenuta poi la cosa smarrita, e cessato così l'impedimento, s'abbia a dire che l'azione del creditore riprende la sua efficacia, sicchè l'obbligazione resti suscettibile di adempimento, sia pure tardivo.

Il concetto di *impossibilità* della prestazione, che ho avuto occasione in questo numero di lumeggiare con particolare riguardo alle obbligazioni generiche, mi trascinerebbe ad una trattazione sproporzionata al piano del presente Corso s'io dovessi farmi carico di tutte le opinioni, divergenti più o meno dai principî che ho segnati. Tuttavia credo opportuno ribattere talune obbiezioni che poggiano, s'io non erro, sull'equivoco

o sopra una misintelligenza dei predetti principî, la cui bontà ne uscirà pertanto anche meglio convalidata.

Così, per esempio, al concetto che impossibilità liberatrice non s'abbia quando la prestazione, pur soverchiando le forze del debitore, sarebbe per altra azienda debitrice attuabile, fu opposto che persino nel caso di debito di cosa certa il legislatore dichiara estinta l'obbligazione nell'art. 1298 testè ricordato se la cosa senza colpa del debitore è smarrita, sì che se ne ignori assolutamente l'esistenza. « Si potrà solo dimostrare questa ignoranza nel debitore o al più nelle persone di sua conoscenza, ma è tutto! Ci sarà sempre qualcuno che può sapere dove è l'oggetto e può quindi essere in grado di adempiere la prestazione. Ecco, adunque, che il debitore, non colpevole, è irresponsabile per l'inadempimento di una prestazione che ad altri è possibilissima. (1) Non mi par difficile scoprire il punto debole di siffatto ragionamento. La *generalità* dell'evento da noi richiesta significa ch'esso ha da essere di natura tale che *qualunque azienda patrimoniale debitrice* si troverebbe *dinanzi ad esso*, quando ne fosse colpita, nella impossibilità di adempiere la prestazione. Ora tale è appunto lo smarrimento della cosa dovuta, descritto nell'art. 1298. Il paragone è da fare non fra l'attual debitore e chi sa dove la cosa si trova ed avrebbe come tale la possibilità di compiere la prestazione *se egli fosse il debitore*, ma bensì fra il debitore attuale e chiunque altro si trovasse nei panni suoi, cioè nella condizione di smarrire la cosa, già formante oggetto di sua obbligazione.

Si muove d'altra parte l'appunto di eccessivo rigore consistente nell'intendere l'impossibilità in senso naturalistico o logico, onde impossibile si consideri solo ciò che necessariamente non accadrà (*Nothwendigkeit des Nichtgeschehens*) (2) in altre parole tal fatto che non potrebbe essere posto in essere da alcuno. Mancherebbe dunque il concetto di impossibilità liberatrice per ricadere in quello di difficoltà personale non influente sulla persistenza dell'obbligazione, se l'ostacolo invincibile dal debitore (e soggiungiamo dalla massima parte delle persone che si trovassero vincolate a quella tal prestazione) sarebbe invece per se stesso superabile, sia pure a mezzo di sforzi eccezionali consentiti solo a pochi. Alla stregua di così rigido concetto se, scoppiato lo sciopero dei ferrovieri, il vettore non può operare il trasporto

---

(1) Barassi, cit. *Se e quando lo sciopero* ecc., n. 34, pag. 526.

(2) Oertmann, *loc. cit.*, pag. 122.

pel tunnel del Sempione, non si dirà mai che sia resa impossibile la prestazione a lui incombente. Potrà sempre effettuare il trasporto superando il valico anche se ci fosse un metro di neve e gli toccasse sgombrare la strada incontrando una spesa enorme. Ma non si va così contro il buon senso pratico per obbedire ad una pura concezione teorica? Bisogna dunque concepire più umanamente la possibilità della prestazione (1).

Altrettanto si ripete nell'ipotesi di un industriale che non possa compiere una somministrazione di prodotti speciali della sua fabbrica (e non surrogabili con altri) perchè in corso di lavorazione gli operai da lui dipendenti si sono messi in isciopero (non giustificato da colpa dell'industriale). Anche qui potrà sempre l'industriale cedere alle pretese degli operai per quanto esorbitanti e rovinose per l'azienda sua, e con ciò far cessare lo sciopero, *idest* rimuovere l'impedimento all'esecuzione dell'obbligo da lui assunto verso il proprio cliente. Non c'è dunque la pretesa impossibilità assoluta e l'obbligazione persiste. Ma, si ripete, è umano tutto questo, o non si resta anche qui nel regno delle nuvole anzichè nel dominio della realtà, alla quale il Diritto deve sempre accostarsi e servire? (2).

Passo ad altro caso, ch'è, si può dire, il caval di battaglia di quanti col LEHMANN, col TITZE, col KISCH (3) ed altri specialisti del tema, fanno ricorso ad un concetto di possibilità e impossibilità relativo e però più umano. Spirata la locazione l'inquilino deve restituire la casa al locatore, ma egli o taluno dei suoi vi giace gravemente malato e il trasportarlo altrove può peggiorarne sensibilmente le condizioni e persino comprometterne l'esistenza. Lo sloggio rimane fisicamente possibile, ma chi per questo oserebbe dire che lo si debba in tali condizioni effettuare?

Finalmente traggo dal BARASSI un esempio che ho riservato per chiusa a suggello di quella trattazione della vendita di un *genus*, dalla

---

(1) BARASSI, *op. cit.*, n. 22, pag. 493.

(2) IDEM, n. 25, pag. 103. Cfr. pure VIDARI, *Sciopero e forza maggiore*, nota a Sent. 24 aprile 1911 della Cassazione di Torino, in *Riv. del Dir. comm.* IX (1911), p. II, pag. 476-486.

(3) LEHMANN, *Ueber die civilrechtl. Wirkungen des Nothstandes*, in *Jahrb. für Die dogmatik*, XIII (1874) (pag. 215-250), pag. 237 e segg., KISCH, *Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit u. s. w.* (Jena, Fischer 1900) pag. 13 e TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutsch. bürg. Recht* (Leipzig, Titze 1900), pag. 4.

quale abbiamo prese le mosse. «Un negoziante di grani promette 100 tonnellate di grano a scadenza fissa: ma la sua provvista resta distrutta: il grano in Italia e in Europa è accaparrato da speculatori che non lo vendono a nessun prezzo, occorrerebbero sforzi prodigiosi inverosimili per requisirlo nell'America. È impossibile la prestazione? No, dice la teoria classica: è *possibile*, il genere non è perito» (1). Ma anche qui una concezione più naturale ed umana dei civili negozî par si ribelli al rigore logico dell'insegnamento tradizionale (2).

Poche parole su ciascuna di codeste ipotesi.

Nella prima (che esce per verità dal tema delle obbligazioni di dare e si riferisce ad una *obligatio faciendi*) basterà avvertire che il mezzo di trasporto (se per terra, o per acqua, se per ferrovia od altrimenti) suole immedesimarsi talmente con la prestazione promessa, che rimane un'ipotesi di scuola quella del vettore che siasi vincolato *genericamente* al trasporto di merci dall'Italia alla Svizzera. Si sarà detto esplicitamente, o sarà da intendersi in base alle norme che presiedono alla interpretazione dei contratti (art. 1131 e segg.), trattarsi di *trasporto ferroviario*; ed ecco sorgere allora la impossibilità dell'adempimento di *quel contratto* causa lo sciopero dei ferrovieri e tutta la montatura impressionante del valico del Sempione con la necessità di aprirsi la strada attraverso l'alpe nevosa, cadrà da sè. Viceversa una molto maggior spesa per dovere, preclusa comunque una linea ferroviaria, servirsi di un'altra di assai più lungo percorso, rientrerà in quell'alea di guadagno o di perdita ch'è pur inerente ad ogni contrattazione e risponderà ai noti canoni fondamentali, che chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente (art. 1218) e che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti (art. 1123).

Fuori affatto di carreggiata ci porta, a mio avviso, il secondo caso.

---

(1) BARASSI, *op. cit.*, n. 22, pag. 493.

(2) Come il BARASSI, giusta la nota che precede, così la citata sentenza 24 gennaio 1913 della Corte d'Appello di Bologna (Scudelotti-Ravaioli c. Landini) ha ammesso che anche nelle vendite di *genus* il venditore è liberato provando la impossibilità *soggettiva* in cui lo abbia posto il fortuito (nel caso concreto lo stato di guerra) intendendo per impossibilità soggettiva quella derivante da un ostacolo a vincere il quale si esigerebbe *uno sforzo eccezionale* di diligenza, mentre invece ostacoli superabili con qualche maggior disagio costituirebbero semplice difficoltà che non assolve il debitore dall'obbligo suo.

Infatti lo sciopero scoppiato nell'azienda del debitore esula dal concetto del caso se si ammette che la dimostrata unità personale (agli effetti della responsabilità contrattuale per fatto altrui) fra debitore e suoi ausiliarî o dipendenti (v. *supra* n. 84 *bis*, pag. 336-337) comprenda anche la colpa degli ausiliarî stessi *in omittendo*, non solo quella *in committendo* (1). Non ci sarebbe, in altre parole, l'*estraneità* dell'evento, poichè esso, consistente, sia pure, nella mancata cooperazione dei dipendenti, si svolge sempre nella sfera propria dell'obbligato. — Che se invece si credesse di non poter spingere fino a questo punto la identificazione fra industriale e operai, dacchè questi con lo scioperare diventino elementi estranei all'azienda (2), e però nello sciopero si ravvisi un fortuito, allora un'altra e non meno esauriente risposta, polarizzata bensì nell'opposto senso, ci sarebbe da contrapporre. Ed è questa, che alle miti e umane conseguenze vantate dalle teoriche avversarie alla nostra, potremo eventualmente giungere anche noi sol che si tenga la questione nel suo vero campo che riguarda la *evitabilità dell'evento* impediente la prestazione e non già la *possibilità della prestazione* stessa. Ricordiamo a questo proposito il principio già svolto (n. 84, pag. 333-334) che il concetto di inevitabilità, fondamentale per la nozione del caso, non è assoluto, ma relativo e si conforma al vario grado di diligenza nelle diverse ipotesi dovuta. Ciò posto, lo sciopero scoppiato fra gli operai della propria officina potrà eventualmente qualificarsi un fatto inevitabile se inconsulte e addirittura rovinose per l'azienda siano le loro pretese e se vani (per le non infrequenti opposizioni al cosidetto crumiraggio o per solidarietà spontanea di classe) siano riusciti i tentativi dell'industriale onde reclutare altri operai da sostituire agli scioperanti. Dato che per tutto ciò si concluda ad una razionale inevitabilità dell'evento, resterà poi a vedere se, ad onta di esso, la prestazione rimaneva possibile. Oggi è scoppiato lo sciopero che non mi permette più di approntare tutta la merce di esclusiva mia fabbricazione che dovrei fra pochi giorni consegnar a Tizio. Ma proprio ieri io ne aveva consegnata una forte partita ad altro grossista Caio e ricomprandola ora da lui in tutto o in parte mi porrei in grado di far fronte al mio impegno verso

---

(1) F. FERRARA, cit. *Responsab. contratt. per fatto altrui*, in *Arch. giuridico* Vol. LXX pag. 520.

(2) Così pensa l'AMIOT, *Répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, in *Annales de Droit commercial*, XVII (1903) (pag. 65-82, 209-230), n. 67 e segg., pag. 221 e segg.

Tizio. Ci sarebbe dunque sì la causa estranea al debitore non imputabile, ma non l'altro estremo di una conseguente impossibilità di adempiere l'obbligazione.

Il terzo caso ci porta anch'esso fuori di strada, perchè, dato il grave pericolo che nella salute e forse nella vita correrebbe l'inquilino se dovesse adempiere (come pur sarebbe materialmente fattibile) la sua obbligazione di sloggio, non è più il caso di risolvere la questione al lume del concetto più o meno largo della possibilità della prestazione, ma entrano allora in giuoco, come già altri ha avvertito, quei «principî d'ordine superiore, che governano la collisione o conflitto dei diritti. Primo e supremo principio in tale argomento è che, sorgendo il conflitto tra diritti di disuguale entità, è quello d'entità maggiore che deve prevalere; onde se tra un diritto patrimoniale da un canto e un diritto della persona dall'altro, è necessario conculcare uno perchè l'altro sia rispettato, è il diritto della persona che deve indubbiamente prevalere» (1).

Ma non vi ha nemmeno l'ombra di un conflitto simile nella quarta ed ultima ipotesi. Non c'è un diritto patrimoniale che debba cedere il passo ad un diritto più elevato: siamo *hinc inde* sul terreno puramente patrimoniale: dirò anzi di più: su questo medesimo terreno il *diritto* si presenta da una parte sola, è il diritto del creditore, mentre dall'altra parte c'è il dovere corrispondente e soltanto il naturale *interesse* a soddisfarlo col minore sforzo, col meno grave sacrificio possibile. E non si invochi qui come limite entro cui poter esigere tale sforzo del debitore la norma dell'art. 1224 circa la diligenza da prestarsi nell'adempimento dell'obbligazione, ch'è quella media del diligente paterfamilias. A questo criterio abbiamo potuto ispirarci finchè si è trattato di vedere se e che cosa incomba per avventura al debitore di fare onde *scongiurare eventi estranei* dai quali deriverebbe per lui impedimento a compiere la prestazione. Qui si tratta invece del-

(1) N. Coviello, *op. cit.*, pag. 94. Esplicito era in argomento il Codice prussiano. Infatti nell'*Allgem. preuss. Landrecht* I, 5, §. 374 si premette che il debitore non rimane liberato qualora circostanze sopravvenute non rendano impossibile, ma semplicemente difficoltoso il modo di adempiere l'obbligazione, al successivo §. 375 si soggiunge che, se le fortuite mutate circostanze importano un impreveduto pericolo, questo deve stare a carico del creditore dato ch'egli insista in quel modo di soddisfacimento, ma finalmense al §. 376 si dichiara del tutto disobbligato il debitore di quella tal forma di adempimento « wenn damit eine wahrscheinliche Gefahr des Lebens, der Gesundheit oder der Freiheit für ihn verbunden sein würde ».

l'oggetto della prestazione da lui promesso e ch'egli ha implicitamente garantito al creditore di procurargli. E dacchè per ipotesi l'oggetto (cose del genere promesso) sussiste, con esso dovrà pure persistere l'obbligazione. Si ammette pure da tutti che, se si tratta di un debito pecuniario, danaro essendocene sempre al mondo, il debitore non ne resti mai esonerato per quanto da fortuiti eventi ridotto a così triste partito che il procurarsi i mezzi all'uopo gli riesca enormemente difficile ed eccezionalmente gravoso, fors'anche impossibile addirittura perchè egli non trovi persona al mondo disposta a fargli credito. E che altro è il debito pecuniario se non un'obbligazione di genere (il danaro) e perchè ove si tratti di cose fungibili di altra natura si dovrebbe adottare un criterio diverso?

Altro è il dire che nell'atto di adempiere le contratte obbligazioni è necessaria ma altresì sufficiente la diligenza media, altro è ciò che riguarda la provvista dei mezzi con cui soddisfarle, essendo questo uno *stadio preliminare* all'adempimento, nel quale il creditore nulla ha a che vedere, mentre egli di piè fermo attende *alla scadenza* il debitore in cui egli ravvisa la persona tenuta a rispondere delle contratte obbligazioni con tutti i suoi beni *presenti e futuri* (Art. 1949 Cod. civ.).

Cercherà forse salvezza il debitore di cose determinate solo genericamente nell'invocare la famosa clausola *rebus sic stantibus*, ove le condizioni del mercato gli difficultino a un grado oltremodo sensibile la provvista del genere promesso. E di siffatta invocazione non manca il tentativo in recenti fattispecie decise dalla nostra giurisprudenza, persino allo scopo di sfuggire agli impegni assunti in casi di seria difficoltà e non di vera impossibilità soggettiva (1). Ma ognun vede come allora si esca dal tema speciale del caso fortuito e degli effetti suoi. Nè questo è certo il momento di esaminare se e in qual genere di obbligazioni possa realmente quella clausola ammettersi come sottintesa secondo i principî proprî della patria legislazione (2).

---

(1) Cfr. la sentenza 24 gennaio 1913 della Corte d'Appello di Bologna dianzi citata.

(2) Accenno sin d'ora come al più recente trattatista speciale della materia, della quale fornisce pure ampia bibliografia, all'OSTI, che se ne è ripetutamente occupato nella *Rivista di Diritto civile*, IV (1912) pag. 3-60,. *La cosidetta clausola « rebus sic stantibus » nel suo sviluppo storico* e V (1913), pag. 471-493, 647-697 *Appunti per una teoria della sopravvenienza* (*La cosid. clausola r. s. s. nel dir. contratt. odierno*), dov'è in fine preannunziata una ulteriore trattazione tale, mi sembra, da mettere anche meglio in evidenza la *affinità* di questo tema con quello del caso e della impossibilità e difficoltà della prestazione.

92. Parrebbe che contro le conclusioni esposte riguardo a contratti bilaterali stesse ciò che vale per la locazione di cose. Perita ad es. fortuitamente in corso di locazione la casa da me presa a pigione, i principî enunziati si direbbe dovessero condurre a questo, ch'io continuassi tuttavia a pagar la mercede pur non potendo più godere la casa. Pure non è così. Dispone infatti l'Art. 1578: « Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto: se non è distrutta che in parte, il conduttore può secondo le circostanze domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto. In ambidue i casi non si fa luogo a veruna indennità se la cosa è perita per caso fortuito ». Ma tale norma si spiega avuto riguardo al carattere diverso dei due contratti, quello di vendita, esaurientesi d'un sol tratto, e questo della locazione avente tratto successivo (1), dove il locatore non si è obbligato a dare una cosa, ma all'*uti frui licere*, a prestare cioè continuatamente per tutto il periodo stabilito il godimento della cosa, onde si ha, come fu avvertito altrove (v. s., n. 6 pag. 38), una serie non interrotta di prestazioni rinnovantisi *quotidie et singulis momentis*. Gli è come se ad ogni momento si restipulasse la prestazione del godimento della cosa per la corrispondente frazione di mercede (2). Ora quando in corso di contratto la cosa locata perisce, si verifica per le restipulazioni concernenti il godimento avvenire un caso analogo perfettamente a quello della vendita concer-

---

(1) GIORGI, *op. cit.*, IV, n. 243, pag. 293.

(2) Cfr. ANAU, loc. cit., pag. 123. Il COVIELLO, che si consulterà utilmente anche in questa parte per la esposizione critica delle varie teorie, pag. 282 e segg., ne mette innanzi poi una che vorrebbe discostarsi da quella da noi adottata e risulta vera solo per quel tanto che di quella teoria accetta. Ravvisa cioè nella locazione un contratto non perfetto perchè il suo oggetto non è ancora presente, datochè riflette non la cosa, ma il semplice godimento di essa. La cosa futura, oggetto della locazione, allora viene pienamente all'esistenza quando è giunto il termine del contratto. Cominciato il godimento capace di divisione, il contratto è perfetto solo rispetto alla parziale prestazione. Veggasi su ciò la critica del FIORENTINO, *op. cit.*, n. 21 e 22, pag. 82-86, non trascurabile benchè ispirata al principio *res perit domino* da lui adottato.

nente cosa già perita fortuitamente quando la vendita si stipulava, dove l'Art. 1461, applicando la massima *impossibilium nulla obligatio est* (1), dispone: « La vendita è nulla se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta. Se ne fosse perita soltanto una parte, il compratore ha la scelta o di recedere dal contratto o di domandare la parte rimasta facendone determinare il prezzo mediante stima proporzionale ». E che sia proprio questo il caso analogo a quello della locazione di cui stiamo occupandoci, lo conferma il vedere come il pericolo della perdita parziale sia pure in entrambi trattato ugualmente (diritto di recesso dal contratto oppure di riduzione proporzionale nel prezzo della vendita o nella mercede locatizia).

S'intende che la cosa non va presa alla lettera e in un senso per così dire materiale, ond'è speziosa l'obbiezione che fa il Coviello (pag. 288) contro la predetta costruzione giuridica del contratto locatizio. Se vi si dovesse ravvisare, egli dice, « una serie di contratti che si formano, si estinguono e si rinnovano ad ogni istante, logicamente ne verrebbe che a ogni istante i patti si potessero mutare, a ogni istante la locazione si potesse risolvere a volontà di una sola delle parti, perchè una tacita riconduzione non è mai obbligatoria e necessaria ». Ma ci sorprende nell'acuto, ingegnoso e sì compianto Collega questa materialità nel considerare le cose dove si tratta di una mera costruzione giuridica. Non diciamo che realmente ad ogni momento le parti si uniscano per rinnovare il contratto, sì da poterne anche di momento in momento mutar le condizioni, rifiutandone altrimenti la rinnovazione. I patti stipulati *ab origine*, quando la locazione fu conclusa, lo furono per tutto quel determinato periodo, e si intende bene pertanto che facciano legge indeclinabile per tutte le stipulazioni che si imaginano rinnovantisi di momento in momento. Ciò insomma che si viene ad affermare con la data costruzione giuridica è qualche cosa di simile a quanto il giureconsulto Paolo nella l. 4 D. de annuis leg. et fideicomm. 33, 1 ci insegna, d'accordo con Sabino, a proposito dei legati di prestazioni periodiche: « Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura le-

(1) L. 185 D. de reg. iur. 50, 17 di Celso.

gata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale». Eppure anche qui nessuno si è mai sognato di prendere le cose così alla lettera, da pensare che ogni anno effettivamente il testatore sorga dal suo avello per rinnovare il lascito, ovvero che nel testamento egli abbia in realtà disposta una serie di legati, tanti quante le annualità, anzichè un legato unico, le cui condizioni e modalità eventuali saranno legge costante per tutte quante le annualità o rate avvenire.

92[bis]. Traggo dal tema della *locatio operis* altro caso in cui a primo aspetto si direbbe fatta eccezione ai principî esposti sulla sopportazione del pericolo nei contratti bilaterali. Premetto che «quando si commette ad alcuno di fare un lavoro, si può pattuire ch'egli somministri soltanto la sua opera o la sua industria, ovvero che somministri anche la materia» (Art. 1634 Cod. civ.). Orbene, dato ch'egli somministri pure la materia, l'Art. 1635 dichiara che «se la cosa viene a perire in qualsiasi modo *prima di essere consegnata*, la perdita rimane a *carico dell'artefice*, purchè il committente non fosse in mora per riceverla». Dunque nemmeno il definitivo compimento del lavoro basta perchè si scarichi sul committente (creditore dell'opera) il pericolo. Questo pesa sull'artefice (debitore) fino alla *consegna* dell'opera. E sia pure che all'effettiva consegna si parifichi l'avvenuto collaudo (1), avremo sempre, si dirà, una soluzione diametralmente opposta a quella che vale nell'ipotesi pur così affine della vendita (2), dove sappiamo che non occorre la consegna della cosa venduta perchè il compratore

(1) Cfr. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel Dir. positivo italiano* (Milano, Soc. ed. libr. 1901), n. 213, pag. 657, ABELLO, *Della locazione*, vol. III (*Locazione di opere*), Parte II nel *Commento* del FIORE (Napoli, Marghieri, 1913), n. 148, pag. 312 e segg.

(2) È nota anzi la secolare questione se qui non si tratti di vera e propria vendita anzichè di locazione. Ed anche tra i nostri civilisti c'è chi la concepisce così. Scrive p. es. il CHIRONI, cit. *Istituzioni*, 2ª ediz., vol. II, § 339, pag. 172 che se la materia, anzichè il committente «la fornisse lo stesso imprenditore o questo ne fornisse la parte principale, il contratto cangierebbe natura ed assumerebbe la figura di *vendita*».

ne sopporti il pericolo (1). E lasciamo, per non ingolfarci in troppe questioni, di discutere se il pericolo addossato all'artefice nella fatta ipotesi consista non solo nel dover egli sopportare la perdita della materia sua propria senza diritto ad alcun compenso per il lavoro che intorno ad essa aveva spiegato, ma nel dovere egli per di più riaccingersi al lavoro, per compiere con altra materia sua l'opera promessa. Passiamo all'altra ipotesi. La materia è del committente: l'artefice presta solo il suo lavoro o l'industria. Certo che allora per ciò che riguarda la materia, ove la cosa perisca senza colpa dell'artefice, il danno lo risente il committente (art. 1636), ma tuttavia anche qui, *benchè l'opera fosse compiuta*, l'artefice, incolpevole, non avrebbe diritto alla mercede se l'opera stessa non era stata ancora *consegnata*, *salvochè il committente fosse in mora a verificarla* (2). È quanto apertamente dispone l'art. 1637 (3). Anche qui dunque un'apparente deviazione dalle norme già esposte. Ma deviazione, io dico, apparente soltanto. Gli è infatti che (bene o male che sia) il legislatore ha ravvisato nella verificazione o collaudo (*adprobatio*) una *condicio iuris* perchè possa affermarsi realmente eseguita quell'opera che era stata commessa: perisca dunque la cosa in corso di lavoro o quando

---

(1) E però inesplicabili trovo le parole che il CHIRONI immediatamente fa susseguire al passo riferito nella nota precedente: « *tant'è che*, perita la cosa prima della consegna, perisce a suo carico (cioè a carico dell'imprenditore o artefice) quando il committente non fosse in mora nel riceverla ». Il *tant'è che* ecc. mostra di connettere all'asserito carattere di vendita una conseguenza sulla sopportazione del rischio ch'è proprio l'opposta di quella che vale nella vendita, ove, lo ripetiamo, il rischio grava sul compratore indipendentemente affatto dalla consegna e prima di essa.

(2) E purchè, soggiunge la legge, la cosa non sia perita per un vizio della materia.

(3) Tanto apertamente da rendere vani, per quanto ingegnosi, gli sforzi fatti dal compianto N. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 316 e seg. per dimostrare che pel codice francese e pel nostro il momento del passaggio dei rischi sia quello del compimento del lavoro e non già quello della verificazione o della consegna. Lunga e piena confutazione di tale assunto veggasi in BARASSI, cit. *Contratto di lavoro*, n. 214-216, pag. 658-664. Veggasi pure ABELLO, *op.* e vol. cit., n. 151, pag. 325, testo e nota 2.

l'*artefice giudicò* finita l'opera sua, ma questo effettivo compimento non era stato ancora, con l'accettazione da parte del committente, giuridicamente riconosciuto, è per la legge tutt'uno.

93. La liberazione del debitore per effetto del caso fortuito si estende fin dove arriva l'impossibilità della prestazione (1). Se della cosa dovuta alcunchè sopravvanza sotto qualsiasi forma ed aspetto, il creditore vi avrà diritto. Quindi la norma generale, altra volta ricordata, dell'Art. 1247, quindi in materia di soccida semplice il disposto dell'Art. 1674: « Il conduttore, che non si è obbligato a risarcire i danni de' casi fortuiti, è sempre tenuto a render conto delle pelli delle bestie e di quanto altro ne possa rimanere ». Parimenti se dal caso derivi qualche diritto, a indennità o simili, verso terzi, esso rappresenta pure un *commodum* che deve profittare al creditore il quale risente il *periculum*. Si ha qui, per usare la terminologia felicemente introdotta da FEDERICO MOMMSEN (2) e dal COVIELLO adottata (3), quello che può chiamarsi *commodum di rappresentanza o di surrogazione* (*stellvertretendes commodum*) diverso dal *commodum di accessione* (*accessorisches commodum*), questo concernente le accessioni e gli accessorî da prestarsi unitamente alla esistente *res debita*, quello i diritti e le azioni occasionati dalla perdita della *res debita* e sostituentisi ad essa. Esempio gli Art. 1148, 1149, 1851, dove abbiamo veduto essersi eccezionalmente esteso il concetto di caso (v. s. n. 84, pag. 336): parimenti se trattisi di obbligazione di fare di cui un terzo impedì al debitore l'esecuzione, passerà al creditore l'azione pel risarcimento contro quel terzo. A ciò si riferisce con norma che va generalizzata ad ogni specie di obbligazione l'Art. 1299, così formulato: « Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore,

---

(1) COVIELLO, *op. cit.*, pag. 98.

(2) Cfr. MOMMSEN, *cit. Erörtungen*, I Heft, § 1, pag. 2-3. L'intera trattazione poi è basata su questa bipartizione del *commodum*.

(3) COVIELLO, *op. cit.*, pag. 100.

i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore ». Senonchè a ciò fa eccezione l'Art. 439 del Codice di commercio, ove si legge: « In caso di alienazione delle cose assicurate, i diritti e le obbligazioni del precedente proprietario non passano all'acquirente se non è convenuto il contrario ». E però, succeduto il sinistro dopo la vendita, il compratore, a carico del quale sta il fortuito, non può in compenso esigere l'indennità dalla Compagnia assicuratrice con la quale aveva stipulato il suo autore. Ciò perchè la considerazione della persona è essenziale nel contratto di assicurazione.

§ 3.

Eccezioni alla regola sulla prestazione del rischio. La prova del caso.

SOMMARIO : 94. Eccezione alla regola sulla prestazione del rischio per volontà delle parti. Come rientrino in questa ipotesi certi casi in cui viene stimata la cosa dedotta in obbligazione. — 95. Eccezioni derivanti da un elemento di dolo o di colpa del debitore che si accompagna al caso. Applicazioni varie. — 96. L'onere della prova in relazione al caso fortuito.

94. Credo si possano raccogliere in due gruppi i casi in cui si fa realmente eccezione alle esposte norme sulla sopportazione dei rischi. Ciò può provenire infatti o da volontà delle parti, o dall'intrecciarsi al caso elementi di imputabilità del debitore.

I) *Volontà delle parti*: La volontà delle parti, o, se vogliamo parlare più generalmente, degli autori del negozio giuridico (con che si comprende il caso di obbligazione derivante da atto unilaterale quale il testamento), può spostare la sopportazione del rischio. La liceità del patto, col quale il debitore si assuma le conseguenze del caso, risulta già dall'Art. 1298, 1° capov., ma per di più troviamo configurato dalla legge stessa l'esempio di volontario spostamento nella prestazione dei rischi in materia di locazione di fondi rustici. Quivi una serie di norme disciplina il diritto ad esonero o riduzione parziale di fitto, a cui ha diritto l'affittuario, dati

certi estremi, se fortuitamente perisca la totalità dei frutti od oltre la metà dei frutti di un'annata (Art. 1617, 1618, 1619). Ma poi l'Art. 1620 soggiunge: « L'affittuario può con una espressa convenzione assoggettarsi ai casi fortuiti ». Della quale convenzione l'articolo che segue precisa l'estensione, dicendo: « Tale convenzione s'intende fatta pei casi fortuiti ordinari, come la grandine, il fulmine, la brina. Essa non si intende fatta pei casi fortuiti straordinari, come le devastazioni della guerra o una inondazione a cui non sia d'ordinario sottoposto il paese, eccetto che l'affittuario siasi assoggettato a tutti i casi fortuiti preveduti ed impreveduti », ipotesi quest'ultima dei cosidetti contratti di affitto *a fuoco e fiamma*, pur troppo frequenti. Ecco intanto comprovato quanto abbiamo avuto occasione di notare dando il concetto del caso, che cioè la distinzione fra casi ordinari e straordinari, improduttiva di effetti quando il caso si consideri in sè e per sè, può averne invece di effetti quando il caso sia contemplato in un atto di volontà, sia *inter vivos*, sia *mortis causa* (v. s., n. 83, pag. 333). Spetta poi al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria il decidere di volta in volta se siamo in presenza di casi ordinari o di casi straordinari, su di che il giudizio può variare col variare dei tempi, dei luoghi, delle circostanze.

Alla libera pattuizione di spostare la sopportazione dei rischi la legge ha posto un limite nell'Art. 1677 relativamente alla soccida semplice. La definizione precisa di tale contratto, del quale altra volta ho fatto cenno, si legge nell'Art. 1669, che lo dice « un contratto per cui si dà ad altri del bestiame per custodirlo, nutrirlo ed averne cura, a condizione che il conduttore guadagni la metà nell'accrescimento. L'accrescimento consiste tanto nei parti sopravvenuti, quanto nel maggior valore che il bestiame può avere in fine del contratto in confronto con quello che aveva al principio ». Orbene, in questo contratto, alla società così affine, non permette l'Art. 1677 di stipulare « che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa ».

In taluni casi non c'è un patto specifico di assunzione dei rischi e tuttavia la legge in questo senso interpreta la circostanza dell'essersi accompagnato da *stima* l'oggetto dedotto in contratto. Premetto che la stima può nella conclusione di un contratto intervenire per dei fini e con degli effetti varî. Talora, per non accennare che ai principali (1), essa non ha altro scopo che quello di valutare l'oggetto dedotto in contratto, o per servire a liquidare gli eventuali diritti fiscali, o per aiutare le parti in quegli svariati calcoli per i quali si rendesse in seguito necessario ad esse di avere riguardo al valore iniziale dell'oggetto (2), p. es. per calcolare i danni risarcibili ove la cosa perisca per dolo o colpa del debitore. Si ha allora quella che si dice *aestimatio taxationis* oppure *demonstrationis causa*, la quale non influisce punto sulla sopportazione del rischio e pericolo.

Altre volte la stima opera vendita dell'oggetto stimato (*aestimatio venditionis causa, aestimatio facit venditionem*) ed allora naturalmente e conseguentemente a tale suo ufficio sposta la sopportazione del rischio e pericolo. Così è, p. es., nella dote mobiliare stimata. In essa la semplice stima, salva dichiarazione in contrario, ha per effetto di far considerare il marito compratore delle cose mobili dotali per l'importo della stima stessa, egli diventerà debitore di quell'importo verso la moglie, ed è quell'importo che allo sciogliersi del matrimonio va restituito alla moglie od ai suoi eredi, non già le cose mobili in natura, dato pure che tuttora sussistano. Alias se non ci fu stima: allora dette cose restano proprietà della moglie e sono esse che vanno restituite quando il matrimonio si scioglie (Art. 1401). Divenuto il marito per virtù della stima proprietario dei mobili dotali, è troppo naturale che ne sopporti egli il rischio per applicazione delle regole della compravendita.

---

(1) Per notizie più ampie mi rimetto al trattato di un compianto mio valoroso discepolo, cioè al FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti* (Torino, Bocca 1893).

(2) FORMIGGINI, *op. cit.*, n. 58, pag. 271.

Ma finalmente può darsi che la stima intervenga senza avere questo ufficio di produrre addirittura vendita e tuttavia valga a spostare la sopportazione del rischio. È così nel comodato, per l'Art. 1811, che suona: « Se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario ». Qui c'è dunque spostamento di pericolo, che dovrebbe, in mancanza di stima, gravare sul comodante, e tuttavia non si può certo parlare di trasferimento di proprietà nel comodatario, cioè di *aestimatio venditionis causa*, chè ciò snaturerebbe il contratto, essendo essenziale al comodato o *prestito d'uso* che la proprietà rimanga nel comodante. Ecco dunque la legge ravvisare nel solo fatto della *stima* che accompagna il contratto l'*indice della volontà delle parti* di spostare il pericolo dalla persona del creditore alla persona del debitore.

95. II). In un secondo gruppo si possono raccogliere quei casi nei quali si accompagna un elemento di colpa, o peggio ancora di dolo o mala fede per parte del debitore. Talvolta è il caso stesso che dipende da dolo o colpa precedente del debitore (*casus dolo seu culpa determinatus*) ed allora è naturale che al debitore incomba la responsabilità, chè anzi, come si è notato nel dare la definizione del caso (v. s., n. 85 pag. 338), qui a rigore non si potrebbe parlare più di fortuita ineseguibilità dell'obbligazione. Il principio è posto nettamente nell'Art. 1672, relativo alla soccida semplice, dicendovisi che il conduttore « non è obbligato pei casi fortuiti se non quando sia imputabile di colpa precedente, senza la quale non sarebbe avvenuto il danno ». Altra volta il debitore risponde del caso non già perchè questo abbia avuta la sua causa nel dolo o nella colpa di lui, sia stato cioè provocato dall'opera sua (intendendo per opera del debitore anche una colposa sua inazione), ma perchè il caso colpisce la cosa mentre già il debitore si trovava in uno stato di dolo o di colpa. Tale, p. es., l'ipotesi della *mora*, che è, come vedremo a suo luogo, il colpevole ritardo nell'adempimento dell'obbligazione. Dice a questo ri-

guardo il capov. dell'Art. 1219, trattando più precisamente delle obbligazioni di dare: « Se il debitore è in mora a farne la consegna, la cosa rimane a rischio e pericolo di lui, quantunque prima della mora si trovasse a rischio e pericolo del creditore, » massima che vale non solo per il *periculum interitus*, ma anche per il *periculum deteriorationis*, com'è fatto palese dall'Art. 1247, già per altro scopo citato, che dispone: « Il debitore di una cosa certa e determinata viene liberato rimettendola nello stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano da fatto o colpa di lui o delle persone di cui deve rispondere *ed egli non fosse in mora prima dei seguìti deterioramenti* ». Senonchè giusta l'Art. 1298 anche in questi casi di mora, nel corso della quale il fortuito colpisce la cosa, si estingue l'obbligazione, che è come dire che non ne risponde il debitore, se la cosa sarebbe ugualmente perita [o deteriorata] presso il creditore ove gli fosse stata consegnata. Esempio. Sono in mora a consegnare a Tizio il vino vendutogli. Un incendio distrugge la mia cantina; ne risentirò io il danno perchè le cose vendute non sarebbero così perite se io avessi eseguita a tempo debito la mia obbligazione. Suppongasi invece che, pur essendo io in mora, la perdita del vino derivi da un'inondazione che, come ha colpito la mia, così ha colpita del pari la cantina nella quale Tizio avrebbe riposto quel vino se io glielo avessi consegnato; allora io non rispondo più. Di ciò è fatta applicazione anche all'Art. 1809 in tema di comodato: « Se il comodatario impiega la cosa in uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, è responsabile della perdita avvenuta anche per caso fortuito, eccetto che provi che la cosa sarebbe ugualmente perita quando pure non l'avesse impiegata in un uso diverso, o l'avesse restituita al tempo determinato nel contratto ». Disposizione che integra in qualche modo quella precedentemente enunziata sulla mora in generale, per ciò che riguarda l'onere della prova, che addossa al debitore quand'egli voglia sostenere che il fortuito avrebbe ugualmente colpita la cosa anche s'egli fosse stato ligio agli obblighi suoi.

Finalmente, per tacer d'altri, un importante esempio di sopportazione dei rischi e pericoli dalla legge fissata in considerazione della mala fede in cui versa il debitore lo si ha nella restituzione dell'indebito. Chi ha ricevuta cosa che non gli era dovuta da persona che per errore credevasi suo debitore è tenuto alla restituzione, e ciò senza distinguere s'egli era, nel riceverla, in buona o in mala fede: farebbe altrimenti un indebito lucro. Ma se fra buona e mala fede dell'*accipiens* non si distingue inquanto la cosa indebitamente pagata sussista tuttavia in natura ed integra, avviene altrimenti dato che la restituzione nello stato in cui la si ebbe sia resa impossibile da un fortuito. Allora chi la ricevette in buona fede non è tenuto alla restituzione che fino alla concorrenza di ciò ch'è stato rivolto in suo profitto. Esempio. Tizio mi diede una casa che credevamo entrambi mi fosse da lui dovuta. Si scopre poi che versavamo in errore, mentr'egli non vi era punto obbligato. Ma nel frattempo, crollata fortuitamente la casa, io mi era valso dei materiali per un'altra costruzione; solo nei limiti di tal profitto, non del valore che la casa aveva, sarò tenuto a rispondere. Quando invece l'*accipiens* sia in mala fede, deve restituire il valore della casa anche se perita o deteriorata per solo caso fortuito. Ciò è disposto dall'Art. 1148, nel quale non è ripetuto quanto si è riscontrato per la mora in generale e pel comodato in ispecie, che cioè il debitore resti liberato, tuttochè in mala fede, quando provi che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il *solvens*, ma tuttavia il principio stesso è generalmente ritenuto anche qui applicabile, tanto più che in fondo anche questo caso di restituzione dell'indebito si potrebbe ricollegare alla mora, considerando come moroso al debito della restituzione, che subito gli incomberebbe, chi ha ricevuto l'indebito sapendolo tale. O che forse ha da occorrere una interpellazione del *solvens* per costituirlo in mora, mentr'egli versava in così aperta mala fede sin dal momento in cui ha ricevuto l'indebito? Se invece la predetta limitazione benevola pel debitore, benchè versi in dolo o colpa, abbia a valere anche pel ladro, si vedrà trattando più di proposito della mora.

96. Chiudo ora quanto riguarda il fortuito, avvertendo che il debitore che lo allega per esonerarsi dall'obbligazione deve fornirne la prova. Lo dichiara in generale il cit. Art. 1225, lo rafferma, per il caso di perdita della cosa dovuta, il penultimo capoverso dell'Art. 1298, ma è del resto naturale e generale applicazione delle norme che regolano l'*onus probandi*, al qual proposito è fondamentale l'Art. 1312: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla e chi pretende esserne stato liberato *deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione* » (1).

E *quid iuris* nell'ipotesi di *casus dolo seu culpa determinatus*? Come si distribuisce allora l'onere della prova? Si suole a questo proposito rispondere limitandosi ad un semplice richiamo dell'Art. 1673 relativo alla soccida semplice. Vedemmo che il precedente articolo addossa il rischio al soccidario, se imputabile di colpa precedente senza la quale non sarebbe avvenuto il danno. L'Art. 1673 soggiunge: « Nascendo controversia, il conduttore deve provare il caso fortuito ed il locatore la colpa da lui imputata al conduttore ». Ma sulla precisa portata di tale principio rinviamo il discorso a quando tratteremo della colpa. Ricordo infine ciò che incidentalmente ho notato nel numero che precede pel caso in cui, accertato

---

(1) Ai nostri articoli 1225, 1298, 1312 corrispondono nel *Codice francese* gli Art. 1147, 1302, 1315. Sotto diversa forma stabiliscono il medesimo principio il *Codice austriaco*, il *sassone*, il *federale svizzero delle obbligazioni* ed il *germanico*. Riferiamone le disposizioni: *Codice austriaco*, § 1298 « Chi pretende di essere stato senza sua colpa impedito nell'adempimento di un obbligo nascente dal contratto o dalla legge, ha il carico della prova ». *Codice sassone*, § 731 « Ist die Erfüllung einer Forderung ganz oder theilweise unmöglich geworden, so wird eine Verschuldung des Verpflichteten so lange vermuthet, als nicht bewiesen wird dass die Unmöglichkeit von dem Berechtigten verschuldet worden ist, oder in einem Zufalle ihren Grund hat ». *Codice svizzero*, Art. 97, sostanzialmente identico all'art. 110 del precedente Codice del 1881: « Il debitore che non adempie l'obbligazione o non l'adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile ». *Codice germanico*, § 282 « Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner ».

il fortuito, il debitore ne debba tuttavia rispondere perchè versava in mora, o perchè fece della cosa comodata uso diverso dal pattuito e simili, dove, se vuol tuttavia liberarsi, deve egli dimostrare che la cosa sarebbe perita ugualmente anche se avesse esattamente adempiuta la sua obbligazione.

SEZIONE II.

Del dolo.

SOMMARIO: 97. Concetto del dolo in materia civile rispetto all'inadempimento delle obbligazioni. — 98. Distinzione dell'elemento civile dal penale che con esso eventualmente concorra. — 99. L'onere della prova rispetto al dolo. — 100. Invalidità del patto *ne dolus praestetur*. Se tenga tuttavia il patto preventivo di irresponsabilità pel dolo dei propri ausiliarî.

97. Del dolo in quanto concerne le obbligazioni in genere ed i contratti in ispecie, si parla nel Diritto civile in due sensi, sotto due aspetti diversi. Se ne parla cioè in relazione al sorgere dell'obbligazione ed è allora un vizio della volontà dell'autore dell'atto, un vizio dunque del consenso in materia contrattuale. Per esso, consistente in raggiri di cui l'autore dell'atto è stato vittima, talchè senza di essi non sarebbe addivenuto all'atto stesso, questo sarà annullabile (Art. 1115, 942). Ma di dolo in altro senso si parla nell'esecuzione delle obbligazioni, ed è questo che attualmente ci riguarda. Lo si ha allorchè scientemente e volontariamente si manca all'adempimento esatto dell'obbligazione. Qui essendoci l'imputabilità, e si può dire al massimo grado, ci sarà anche piena la responsabilità, la quale si estende anche ai danni non preveduti nè prevedibili inquanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, norma che illustreremo in seguito raccogliendo in una sola trattazione quanto riguarda la prestazione del risarcimento dei danni in generale dipendenti da inadempimento di obbligazioni. Badisi che abbiamo parlato di dolo in quanto si manchi volontariamente e scientemente all'adempimento esatto: dunque ci si comprende non solo il doloso diniego o l'inesecuzione dell'obbligazione propria, ma anche il fatto di eseguirla dolosamente in modo non rispondente

all'obbligo proprio, p. es. se, dovendo un cavallo, se ne dà uno che si sa affetto da vizio occulto (1).

Il dolo non ammette gradazioni: non è il caso che si manchi semplicemente all'osservanza di una certa diligenza, la quale può essere richiesta in grado maggiore o minore: trattasi di inadempimento cosciente e volontario e questa volontà e coscienza o c'è o non c'è, di un più o di un meno non è possibile parlare.

98. Il doloso inadempimento di un'obbligazione può avvenire in circostanze tali da importare, oltrechè una violazione della legge civile, anche una violazione della legge penale, in altre parole un reato. Ma bisogna essere ben guardinghi nello scernere appunto i due elementi, il civile e il penale. Tale è particolarmente il caso dell'*appropriazione indebita*, della quale si trova fornito il concetto nell'Art. 417 del vigente Codice penale: « Chiunque si appropria, convertendola in profitto di sè o di un terzo, una cosa altrui che gli sia stata affidata o consegnata per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato, è punito, a querela di parte, con la reclusione sino a due anni e con la multa oltre le lire cento ». Si suppone dunque un rapporto di obbligazione per effetto del quale chi commette il reato teneva in sue mani cose di altrui spettanza, es. un rapporto di deposito, di comodato, e può anche non essere obbligazione derivante da contratto, es. il caso dell'esecutore testamentario, che, per volontà del testatore, sia in possesso delle cose mobili ereditarie (Art. 906) e le converga in proprio uso. Ebbene, in questi casi l'atto che si rimprovera, lo dirò col PLANIOL (2), è unico, ma esso produce una doppia serie di effetti. È del dominio del Diritto civile come contravvenzione ad una obbligazione, è del dominio del Diritto penale

(1) Cfr. CHARDON, *Trattato del dolo e della frode*, traduzione del FORAMITI, Vol. I (Venezia, Plet 1835), n. 108, pag. 119 e segg.

(2) PLANIOL, *Dol civil et dol criminel* in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXII (1893) pag. 545-573, 649-663, n. 61, pag. 661.

come offesa al diritto di proprietà: « Non è il debitore di mala fede che la legge penale punisce, sibbene il detentore della cosa d'altri » (1). Anzi la presenza del vincolo obbligatorio, il fatto che è in seguito ad esso che il reo si trovava già in possesso della cosa appropriatasi, fa sì che in via penale il caso sia trattato meno gravemente del furto, perchè in parte può dirsi *imputet sibi* il proprietario se ha mal collocata la sua fiducia, e perchè il trovarsi già in possesso della cosa potè costituire pel reo una forte tentazione. L'importanza di queste osservazioni dirette a provare che inquanto si tratti puramente e semplicemente di inadempimento doloso di obbligazioni la legge penale non interviene e si muove solo per colpire la concomitante violazione di altro diritto (qui il diritto di proprietà) chiaramente emerge dalla Relazione fatta alla nostra Camera dei Deputati su tale parte del Codice penale. Vi leggiamo il seguente brano: « Principalmente in ordine a questo delitto, il quale, come già si osservò, è malefizio congenere al furto (furto improprio), occorre richiamare il disposto pel quale si fa necessario il concorso del dolo. Il dolo speciale al reato di appropriazione indebita [e qui è adoperata la parola dolo nel senso penale, quale elemento subbiettivo del reato consistente nella pravità d'intenzione] è (come nel furto e nella truffa) l'animo di lucro, che deve distinguere appunto il fatto delittuoso, il fatto penale, dal semplice fatto illegittimo, dalla violazione del contratto, dall'inadempimento dell'obbligazione: osservazione questa che forse non è inopportuna di fronte alle esagerazioni della giurisprudenza ed ai deviamenti della pratica giudiziale, che diedero spesse volte l'esempio di contestazioni d'indole civile, trasportate affatto impropriamente in sede penale ». Su questo argomento ho creduto bene di soffermarmi un istante perchè è uno di quelli che, riferendosi alla linea di confine ed ai punti di intersezione fra Diritto civile e Diritto penale, servono

(1) PLANIOL, *loc. cit.*, n. 64, pag 662.

a comprovare il nesso che esiste fra tutte le discipline della Giurisprudenza.

99. Quanto alla prova, imcomberà di regola al creditore, non potendosi il dolo presumere *iuris*. Però non è certo escluso che la si tragga dalle circostanze, che cioè il giudice possa in base a circostanze gravi, precise e concordanti arguire il dolo, essendo anche le presunzioni dette *hominis vel iudicis* poste fra le prove e contemplate precisamente come tali dall'Art. 1354. Trovo soltanto in materia di locazione di cose presunto *iuris* il dolo (sicchè non è già il creditore che deve provarlo, ma è il debitore che deve liberarsi dalla presunzione a suo carico) inquanto trattisi di vizî o difetti occulti della cosa locata. Il conduttore ha diritto a garantia per tali vizî, li conoscesse o no il locatore al tempo della locazione. Così vuole l'Art. 1577, 1° comma, e questa garantia si dovrà intendere nel senso che, secondo le circostanze, cioè secondo la maggiore o minore gravità dei vizî, abbia il conduttore diritto o a cessazione del contratto o a semplice riduzione della mercede. Ma viene poi la questione dei danni che da siffatti vizî possono essere derivati al conduttore. Per causa del vizio occulto della casa si è guastata, pongasi, la mobiglia introdottavi dall'inquilino, per causa della malattia contagiosa del cavallo datomi a nolo caddero pure malati e morirono gli animali miei insieme coi quali quel cavallo fu posto. Ebbene, qui viene in campo il capoverso del citato articolo, statuendo: « Se da questi vizî o difetti proviene qualche danno al conduttore il locatore è tenuto a farnelo indenne, *salvo che provi di averli ignorati* ». Sono queste ultime parole che qui ci interessano come quelle che suppongono il dolo e addossano al debitore (locatore) la prova contraria. Lascio invece da parte la censura di cui questa disposizione è passibile inquanto ammette la responsabilità per danni solo in caso di dolo, e non anche in caso di colpa (1).

(1) V. su ciò i miei *Appunti sulle locazioni*, Art. II in *Rivista it. per le sc. giuridiche*, Vol. VI (pag. 110-130), n. 28 *bis* e 28 *ter*, pag. 423-430.

100. Chiudo finalmente quanto riguarda la presente materia notando l'invalidità del patto *ne dolus praestetur*, del patto cioè per cui *preventivamente* si convenisse di esonerare il debitore dalle conseguenze del dolo. Dice in proposito ULPIANO nella l. 1 § 7 D. depositi vel contra 16, 3: « Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est ». Quivi è anche indicata la ragione del divieto: l'assicurare l'impunità, vale a dire la irresponsabilità per le volontarie mancanze alle contratte obbligazioni, è cosa immorale. Il GIORGI dà un'altra causa degna di essere presa in considerazione, come quella, nota egli giustamente, che porterebbe a concludere non alla semplice inefficacia del patto *ne dolus praestetur*, ma alla nullità o cessazione dell'obbligazione cui accede. Egli dice che tal patto distrugge il vincolo giuridico; infatti se aggiunto nell'atto medesimo che doveva dar vita all'obbligazione, sta in contraddizione colla volontà di concludere l'obbligazione stessa; se concluso ad obbligazione già nata, avrà tutto il carattere di un patto liberatorio, perchè metterà in balìa del debitore di non adempiere impunemente l'obbligazione (1). Io credo doversi distinguere. Accetto l'opinione del GIORGI ove si tratti di un patto assoluto *ne dolus praestetur*, cioè che il debitore non risponda dei danni se lasci affatto ineseguita l'obbligazione, la quale sarebbe invero rimessa per tal guisa interamente al suo arbitrio: non così invece se il patto fosse che egli non risponda di una esecuzione dolosa (v. s., n. 97, pag. 385): in quest'ultimo caso infatti riterrei cadesse il patto soltanto, restando ferma l'obbligazione alla quale accede. Altro concetto discretivo dà il CROME, che cioè tenga o no l'obbligazione ad onta della predetta clausola, secondochè le parti avrebbero o no concluso ugualmente anche senza di essa il negozio (2).

(1) GIORGI, *op. cit.*, II, n. 39, pag. 67-68 (7ª ediz.).

(2) CROME, *op. cit.*, §. 11, pag. 105-106 (pag. 110 della trad. italiana) combinata con l'altra opera dello stesso CROME, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privat-rechtswissenschaft.* (Mannheim, Bensheimer 1892), §. 22 i. f. pag. 249-250.

Che non tenga il patto *ne dolus praestetur* è esplicitamente dichiarato e dal *Codice germanico* (1) e dal *federale svizzero delle obbligazioni* (2): quest'ultimo anzi estende il divieto alla irresponsabilità per colpa grave, di che si riparlerà a suo luogo. Ma vi ha poi un campo che pure entrambe quelle legislazioni sottraggono al predetto divieto. Sappiamo che pur nell'adempimento delle obbligazioni si equipara al fatto proprio del debitore quello delle persone di cui deve rispondere, perchè vivono, in una certa dipendenza, nell'orbita sua, figli minorenni, commessi e simili (v. *supra*, n. 84 bis, pag. 337). Orbene, i predetti Codici ammettono il patto preventivo di irresponsabilità pel fatto, sia pur esso doloso, di codesti ausiliarî (3). E c'è fra noi pure chi lo ammette senz'altro. Scrive in proposito F. FERRARA: «Il principio della responsabilità per gli ausiliarî non ha carattere coattivo e può esser derogato od escluso per volontà dei contraenti» (4). Pure anche in Germania, come nota lo stesso FERRARA, dottrina e giurisprudenza non dimen-

---

(1) *Cod. civile germanico*, § 276 capov. «Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden».

(2) *Cod. svizzero delle obbligazioni*, Art. 100 «È nullo il patto avente per scopo di liberare preventivamente dalla responsabilità dipendente da dolo o da colpa grave».

(3) *Cod. civ. germanico*, §. 278 «Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. *Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung*». *Cod. fed. svizzero d. oblig.* Art. 101 «Chi affida, sia pure lecitamente l'adempimento di una obbligazione o l'esercizio di un diritto derivante da un rapporto di obbligazione ad una persona ausiliaria, come un membro della comunione domestica, un impiegato od un operaio, deve risarcire all'altra parte il danno che la commessa persona le cagiona nell'adempimento delle sue incombenze. — *Questa responsabilità può essere preventivamente limitata o tolta mediante convenzione*. — Se però chi rinuncia si trovi al servizio dell'altra parte, o la responsabilità consegua dall'esercizio di una industria sottoposta a pubblica concessione, la rinuncia può farsi al più per la responsabilità derivante da colpa leggiera.

(4) F. FERRARA, cit. *Responsabilità contratt. per fatto altrui*, in *Arch. giurid.* LXX, pag. 526. Nello stesso senso, contro la dominante giurisprudenza francese, E. BECQUÉ in un articolo (comparso mentre sto correggendo il presente foglio di stampa) in *Revue trimestr. de Dr. civil*, XIII (1914) (pag. 251-320) col titolo «*De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*», pag. 311 e segg.

ticano a questo riguardo il principio generale del § 138, che suona: « È nullo un negozio giuridico che va contro i buoni costumi. È nullo in particolare un negozio giuridico per effetto del quale taluno, sfruttando il bisogno o la leggerezza di mente o l'inesperienza altrui, si fa promettere o assicurare per sè o per un terzo in cambio di una prestazione dei vantaggi patrimoniali che sorpassano talmente il valore di detta prestazione da rappresentare una stridente (*auffälligen*, impressionante) sproporzione rispetto alla prestazione ». E se ne fa applicazione in materia di grandi imprese di trasporti che, esercitando un monopolio di fatto, verrebbero ad imporre coattivamente detta clausola al pubblico. — Io del resto avrei anche indipendentemente da queste ipotesi dei dubbi sull'ammissibilità della preventiva clausola di irresponsabilità pel dolo (lasciamo per ora da parte la colpa lata) dei proprî ausiliarî e dipendenti, se vero è che la loro quasi identificazione giuridica con la persona del debitore è la ragione per cui il fatto loro non si considera come fatto di terzi, nè mai cade sotto il concetto di caso, cioè di causa *estranea* al debitore non imputabile. Soltanto in certe particolarissime circostanze, dove l'indole del rapporto è tale che necessariamente il commesso o rappresentante ha la maggiore indipendenza nella esecuzione delle incombenze avute, potrà parere giusto quanto scrive il CHIRONI, cioè che « la ragione strettamente giuridica della rappresentanza sia moderata dalla realtà delle cose e si tenga perciò conto della libertà di operare che la funzione, per necessità di cose, consente al rappresentante e che i contraenti col rappresentato ben sanno » (1). Sarebbe il caso delle obbligazioni contratte dal capitano della nave per ciò che concerne la nave e la spedizione, obbligazioni che certamente vincolano i proprietarî della nave. Ma questi non potendo a distanza e nel corso della navigazione vigilare l'azione dei capitani, par conveniente che si riconosca efficacia ad un patto di irresponsabilità per il loro operato (del che i terzi avranno compenso nella

---

(1) CHIRONI, cit. *Colpa contrattuale*, 2ª ediz., n. 298, pag. 670.

maggiore tenuità del nolo e d'altra parte possibilità di guardarsi con assicurazioni marittime). È pur la ragione per cui di regola il proprietario della nave di quelle obbligazioni si libera con l'abbandono della nave e del nolo esatto e da esigere. (Art. 491 Cod comm.). Si proceda tuttavia, io soggiungo, con molta circospezione nell'ammettere eccezioni di tal genere per non lasciare esposta la buona fede del pubblico ai tranelli di certi speculatori (1).

SEZIONE III.

Della colpa.

SOMMARIO: 101. Partizione della Sezione in quattro paragrafi.

101. Fornita in un primo paragrafo la nozione della colpa e posta altresì la distinzione della colpa contrattuale dalla colpa aquiliana, verremo in due paragrafi successivi sviluppando quelle caratteristiche della colpa contrattuale nelle quali è comune opinione consistano i caratteri per cui si differenzia dall'altra: precisamente nel § 2 si dirà dell'entità e graduabilità della colpa contrattuale e nel § 3 dei subbietti, dell'effetto e della prova in ordine alla colpa medesima. Finalmente accenneremo in un quarto paragrafo a taluni casi in cui si disputa se la colpa abbia o no carattere contrattuale.

---

(1) Dei principi sovresposti credette la Corte d'Appello di Milano fosse il caso di fare applicazione in una fattispecie nella quale un grande Istituto di informazioni commerciali (l'Istituto berlinese di informazioni in Milano Schimmelpfeng) era stato citato a rispondere da una ditta abbuonata all'Istituto, che aveva fatto credito ad altra ditta già in istato di fallimento, e ciò in base a buone informazioni fornite dall'Istituto. Questo, che le aveva date su riferta dei propri commessi disseminati in ogni parte del mondo, opponeva la clausola inserita nei libretti d'abbuonamento, che liberava l'Istituto da ogni responsabilità per errore o colpa dei suoi dipendenti, il che secondo la sentenza di detta Corte (11 Settembre 1907 in *Monit. dei Trib.* del 1907 pag. 827 e in *Riv. del Dir. comm.* del 1907, p. II, pag. 483) ha da estendersi anche alla colpa grave, anzi persino all'ipotesi, che per verità nel caso concreto non ricorreva, di dolo da parte dei dipendenti.

§ 1.

Concetto di colpa. La colpa contrattuale contrapposta alla aquiliana.

SOMMARIO: 102. Colpa in senso lato e in senso stretto. — 103. La colpa contrattuale in contrapposto alla colpa aquiliana: caratteri differenziali più comunemente accolti.

102. (1) In senso lato si parla di colpa ogniqualvolta taluno è imputabile della lesione del diritto altrui, ed allora il vocabolo comprende in sè anche il dolo. Ma in senso stretto si ha colpa quando, senza intenzione di ledere il diritto altrui, non si usa la debita diligenza per evitare quella lesione (2). Un errore, sia pure inescusabile, da parte dell'agente è quanto basta per escludere che si possa più parlare di dolo, il quale sappiamo richiedere coscienza e volontà di mancare ai proprî obblighi. Invece ad onta dell'errore può continuar a sussistere il concetto di colpa, la quale anzi consista nel non aver impiegata quella tal diligenza, che avrebbe preservato dal cadere nell'errore.

103. Fondamentale in siffatta materia è parsa *ab antico* la distinzione della colpa in colpa contrattuale e colpa extracon-

(1) Nemmeno in questa materia, come non nelle altre, mi propongo di fornire una più o meno completa bibliografia. Ma non posso non avvertire i miei giovani studenti ch'essi troveranno fortunatamente nella patria letteratura giuridica tanto che basti ai futuri bisogni professionali ed altresì (in vista, fra altro, dell'esteso materiale bibliografico adoperato dall'autore) alle esigenze scientifiche, a merito del prof. G. P. CHIRONI nell'opera sulla *Colpa* già altre volte ricordata. Aggiungo fra i nostri, come degno di molta considerazione (per tacere delle opere generali quali quella del GIORGI), il MOSCA, *Nuovi studî e nuove dottrine sulla colpa nel Diritto civile, penale ed amministrativo* (Roma, Bertero 1896). La voce *Colpa*, *Colpa civile*, è inoltre illustrata, nei limiti che l'indole delle rispettive raccolte comporta, dall'ABELLO nel *Dizionario di Diritto privato*, vol. II dello SCIALOJA (Milano, Vallardi) da F. LUZZATTO in *Digesto italiano* vol. VII, p. II (Torino, Unione 1897-1902) e da P. GIANZANA *in Enciclopedia giuridica*, vol. II, p. III (Milano, Soc. editr. 1913) Altre citazioni di scritti su questo o quel punto della vasta materia si faranno in corso di trattazione ai debiti luoghi.

(2) SERAFINI, cit. *Istituzioni di Dir. rom.*, I, § 31, pag. 214-215 (6^a ed.).

rattuale od aquiliana (detta così dalla famosa *lex Aquilia*). La tprima presuppone esistente un'obbligazione e incorsa la colpa in riguardo ad essa. E badisi che dico preesistente un'*obbligazione* e non un *contratto*, perchè questo concetto e questo nome ormai tradizionali di colpa contrattuale si applicano anche se l'obbligazione esistente proviene da altra fonte, per esempio da un quasi contratto. L'altra si ha quando si reca danno ad una persona verso la quale non si è legati da alcuna *speciale obbligazione*, oltre quel dovere generico che si ha verso tutti del *neminem ledere*. Nella prima dunque siamo sul terreno dell'adempimento di un'obbligazione che già esiste ed è quella pertanto che ora qui ci interessa: la colpa genererà bensì un'obbligazione, quella del risarcimento dei danni, ma quale prestazione accessoria o succedanea all'altra che già si doveva. Nella seconda invece la colpa è dessa la fonte prima di un nesso obbligatorio fra le due persone del danneggiante e del danneggiato, prima estranee fra loro. A quella si riferiscono gli Art. 1224, 1227, 1228, che verranno presto illustrati, a questa invece gli Art. 1151 e segg., posti ove trattasi dei delitti e dei quasi delitti.

Benchè il concetto di colpa sia unico, cioè mancanza della dovuta diligenza, pure questi due diversi campi in cui esso agisce vanno tenuti distinti e non si può senza molta circospezione ricorrere alle norme dettate dal legislatore per l'una specie di colpa nel giudicare questioni che all'altra specie si riferiscono. Vi sono infatti molteplici differenze fra la colpa contrattuale e la extracontrattuale od aquiliana, non tutte in verità ammesse ugualmente da tutti. Secondo l'*opinione più comune* vi hanno differenze circa l'entità della colpa e circa l'estensione degli effetti (danni da risarcirsi) secondochè si tratti di rapporti obbligatorî già esistenti fra le parti o di rapporti extra-obbligatorî: vi ha *indubbiamente* diversità quanto ai subbietti che possono presentarsi responsabili dell'una o dell'altra specie e *quasi indisputata* è pure la diversità nei riguardi della prova. È ancora da avvertire, quale corollario dei principî già esposti sul carattere differenziale fra obbli-

gazioni e diritti reali (v. *supra*, n. 6, pag. 37) che soltanto la colpa contrattuale può consistere *in non faciendo* (1) e inoltre che, se potremo imbatterci in quel tipo speciale di colpa che dicesi *in concreto* (e che consiste nel difetto della diligenza solita ad usarsi nelle cose proprie) in tema di colpa contrattuale, la cosa non è nemmeno concepibile per l'aquiliana, ove il comportamento che la legge ha ragione di imporci perchè non ne derivi ingiusto danno a terzi non potrà mai determinarsi dietro il criterio delle nostre personali abitudini di vita (2). Finalmente da taluno (3) non senza fondamento si avverte la maggior estensione che la responsabilità per fatti di terze persone presenta nella colpa contrattuale in confronto della colpa aquiliana. Non entriamo per ora in minute disquisizioni sui criterî differenziali più disputati, riservandoci a meglio vagliarli quando si discorrerà della colpa aquiliana, chè altrimenti ci toccherebbe anticipare l'esposizione di troppe nozioni strettamente attinenti ai delitti ed ai quasi delitti. Mi accontento di aver qui accennate le differenze più notevoli, (qualche altra potrà apparire in corso di trattazione) segnando quelle più comunemente ammesse. Dai paragrafi che seguono, pur consacrati esclusivamente alla colpa contrattuale, emergerà certamente quanto basta a far comprendere l'interesse e l'importanza della disputa che in molti casi pratici si agita per decidere se si è di fronte all'una o all'altra specie di colpa.

Merita di essere segnalata una moderna corrente diretta a disconoscere la tradizionale e fondamentale distinzione delle due specie di colpa. Così p. es. il Sig. A. F. Lefebure sostiene che colpa contrattuale non esiste e che « *toute faute est delictuelle* » (4). Egli tiene pre-

---

(1) Cfr.. De Ruggiero, *Introd. alle sc. giur. e Istit. di Dir. civile*, vol. II (Napoli Alvano 1914), pag. 188.

(2) Idem, *ibid.* e Sertorio, *La « culpa in concreto » nel Diritto romano e nel Dir. odierno* (Torino, Bocca 1914) pag. 3-4.

(3) Mosca, *Op. cit.*, Capit. I, pag. 2 e Capit. V, § 1, pag. 97 e segg.

(4) A. F. Lefebure, *De la responsabilité delictuelle, contractuelle etc.* in

senti i contratti aventi per oggetto una cosa certa e la relativa responsabilità del debitore in caso di perdita della cosa secondo l'Art. 1302 del *Codice francese* (1298 del nostro). Quando un contratto, egli dice, ha per oggetto una cosa certa, è principio di diritto incontestabile (!) che la cosa perisce per il suo proprietario (1), cioè pel creditore, ed il contratto allora cessa di esistere non potendo esso sopravvivere al suo oggetto. Ciò posto non è più concepibile che il proprietario che soffre danno venga contro chi deteneva la cosa con azione contrattuale; se gli chiede risarcimento non potrà essere che in base ad un'ordinaria azione di responsabilità, indipendente dal contratto, e quindi a patto che provi che il detentore della cosa ha commessa una colpa e che questa è stata la causa del danno (2). Ora tutto questo discorso non regge. Il nostro Art. 1298 (1302 del *Codice francese*) non è che l'applicazione pura e semplice degli Art. 1225, 1226 (1147, 1148 Cod. fr.). Il debitore è già in *torto* (se mi è lecito usare questa parola nel senso del *tort* inglese) pel semplice fatto di non adempiere la contratta obbligazione di consegnare (o restituire) la cosa determinata che fu dedotta in obbligazione; il creditore può persino fingere legalmente d'ignorare che la cosa è perita: egli domanda *in base all'obbligazione* il risarcimento quale succedaneo della prestazione inadempiuta, non curandosi di indagare il perchè di tale inadempimento, e toccherà al debitore il liberarsi allegando come causa dell'inadempimento il fatto che la cosa è fortuitamente perita. Ed è quanto mai infondata l'asserzione del Lefebure che di azione contrattuale sia assolutamente escluso che più si possa discorrere una volta perito l'oggetto del contratto. Ciò contravviene al concetto stesso tradizionale di obbligazione scolpito nella nota l. 3 pr. D. de obl. et. act. 44, 7 di Paolo e della *perpetuatio obligationis* (di cui è parola, per tacer d'altre, nella l. 91 § 3 e 4 D. de verb. oblig. 45, 1 pure di Paolo).

Molto più seria è la campagna mossa in Francia dal Planiol contro la distinzione delle due colpe e (forse sulle traccie di lui) da taluni giuristi nostri (3). Ma com'essa prende partitamente di mira i

Revue critique de législation et de jurisprudence, XXXV. Année (Nouv. Série, T. XV, 1886, pag. 485-593), pag. 494.

(1) *Loc. cit.*, pag. 487-488.

(2) *Ibid.*, pag. 489.

(3) Planiol, cit. *Traité élém. de Dr. civil*, T. II (4. édit.), n. 873 e segg., pag. 285 e segg. Gli autori nostri che al Planiol sembrano essersi ispirati ricorderemo a suo luogo.

singoli punti in cui l'insegnamento tradizionale ripone le differenze caratteristiche, dobbiamo, per ragione di metodo, farcene carico là dove pure partitamente quelle differenze verranno illustrate.

Considerazione a parte merita qui invece il GIORGI, uno scrittore troppo autorevole, specie in tema di obbligazioni, perchè non si abbiano a seguire con particolare interesse le modificazioni od anche le semplici sfumature onde si distinguono le successive edizioni dell'opera sua. Nella 4ª edizione egli affermava che le *uniche norme differenziali* fra le due specie consistono nella *prevedibilità dei danni* e nella *gradualità della colpa*, ma che tuttavia si può, anzi si deve, per evitare confusione ed oscurità, « trattare promiscuamente della colpa rispetto al contratto e fuor del contratto », essendochè quelle due norme differenziali « sono aperte agli occhi di tutti ». E però « praticamente riesce priva d'importanza la distinzione sistematica tra colpa contrattuale e non contrattuale, attesa l'impossibilità di cadere in equivoci applicando all'una o all'altra regole non compatibili con l'indole del fatto giuridico; mentre da altra parte gli obblighi contrattuali non disgiungendosi mai dall'obbligo comune ad ogni uomo di non offendere altri, le violazioni dell'uno e dell'altro obbligo si compenetrano siffattamente, che riesce dannoso all'unità e chiarezza degli argomenti lo scindere materie connesse per obbedire a una sofisticheria di metodo » (1). A codeste argomentazioni obbiettai allora: Se anche fosse vero (e non è) che altre norme differenziali fra colpa contrattuale ed extracontrattuale non esistessero oltre quelle due accennate dal GIORGI, sta ch'esse toccano punti talmente essenziali e di così poco facile applicazione (la giurisprudenza è là a dimostrarlo), da giustificare pienamente quella distinzione sistematica che il chiaro Autore qualifica come una pura sofisticheria di metodo. E poi la confusione e l'oscurità che si vuol evitare la si ingenera invece affermando la connessione delle due materie per ciò che già la violazione di uno specifico obbligo contrattuale include pure la inosservanza del dovere generico del *neminem ledere*. Dove se ne va allora quel *quid* che caratterizza il concetto di obbligazione, sì da distinguerlo, per esempio, come altrove si è visto (v. s. n. 5) dal concetto del diritto reale? Dove l'intrinseca differenza fra il dovere *generico* di non offendere chicchessia e quello *specifico* di soddisfare obbligazioni contratte verso una determinata persona? Onde ha ben ragione il SAINCTELETTE di affer-

(1) GIORGI, *op. cit.*, Vol. V, n. 140, pag. 201 (4ª ediz.).

mare che obbligazioni distinte e diverse nella loro esecuzione (io aggiungerei e nella loro intrinseca natura ed origine) devono restare distinte nella loro inesecuzione (1), si da originare due categorie distinte di colpa.

Tutta questa confutazione parrebbe doversi conservare di fronte alla persistente dichiarazione del GIORGI dalla 5ª edizione della sua opera in poi, di aver migliorato forse l'ordine della trattazione in siffatta materia della colpa «ma senza mutamenti sostanziali al testo delle edizioni precedenti» (2). Vero è invece (e me ne compiaccio) ch'egli non qualifica più sofisticheria di metodo la distinzione delle due specie di colpa, nè più ripete quel tale argomento per cui la reputava persino dannosa all'unità e chiarezza degli argomenti. Anzi insegna che, pur essendo entrambe «violazioni di un obbligo giuridico, differiscono nell'obbietto», il quale obbietto solamente nella extracontrattuale è fornito «*ex nunc* da una violazione dell'obbligo sociale di non offendere». Ammette che fra regole comuni alle due specie altre ne stanno «particolarmente ristrette alla colpa contrattuale. La distinzione fra le regole comuni e le particolari non è poi troppo chiara nel Codice: e ciò è causa di dispute: *ma s'impone per forza di cose*, e non presenta difficoltà inestricabili quando si porga mente alla ragione da cui deriva» (3).

Perdura tuttavia una tal quale avversione del GIORGI alle dispute, che sono fra i temi preferiti della dottrina contemporanea, dirette a determinare le differenze fra colpa contrattuale e non contrattuale. E, pur riconoscendo il merito di nuovi studî, egli qualifica quelle dispute combattimenti di parole *finchè la legge non definisca la portata giuridica* di taluni concetti (colpa grave, lieve, lievissima, diligenza del buon padre di famiglia, previsione e imprevidibilità, conseguenze dirette o indirette della colpa) che solo nel campo dei fatti acquistano valore concreto mercè un lato criterio di apprezzamento confidato alla discrezione del giudice. Senonchè questa affermazione indiscutibile che versiamo in materia dove praticamente campeggia, caso per caso, il prudente arbitrio del giudice, lungi dall'opporsi alle sottili indagini

(1) SAINCTELETTE, *La jurisprudence qui s'éloigne et la jurisprudence qui s'approche*, pag. 5, citato dal WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile* (Paris, Fontemoing, 1896), pag. 4.

(2) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. V, n. 140 pag. 201-202, nota 1 della 5.ª ediz., pag. 218-219 nota 1 della 7ª.

(3) IDEM, *ibid.*, pag. 219 della 7.ª edizione.

della scienza le stimola qui più che mai, all'effetto di fornire al giudice quella direttiva onde la legge lo lasciò privo quand'essa limitavasi a porre quei concetti astratti (1). Del che per verità io non mi sento di muovere appunto al legislatore, il cui ufficio è ben diverso da quello di chi scrive un trattato giuridico: anzi è provvida nella legge in materie come questa della colpa la formulazione di concetti generali che più si presti per la sua elasticità alle varie contingenze di fatto e a mutevoli indirizzi di idee da una ad altra epoca nel valutarle.

Sopra un altro punto da me indicato dianzi nel delimitare la colpa contrattuale dall'aquiliana parmi opportuno di insistere. Ho detto che si parla di colpa contrattuale quando preesista un'obbligazione, *qualunque sia la fonte dell'obbligazione stessa*, e non solo quando essa origini da contratto. Non pare così al GIORGI. Riferisco le sue parole: « Ma che dire delle colpe commesse nei quasi contratti e nelle obbligazioni *ex lege?* Vi si applicheranno le regole della colpa contrattuale o quelle della colpa *ex delicto?* Delle obbligazioni *ex lege* nessuno parla: rispetto a quelle *quasi ex contractu* v'è chi le ritiene sottoposte in tal proposito alle norme della colpa contrattuale (CHIRONI, op. cit. 110 e segg.). Noi abbiamo altre volte sostenuto il contrario tanto per le obbligazioni *quasi ex contractu* quanto per quelle derivanti dalla legge, riflettendo che ogni colpa essendo per se stessa un fatto illecito deve andare sottoposta alle regole stabilite per i delitti e i quasi delitti. Se in materia contrattuale si hanno regole proprie per le colpe, ciò nasce dalla natura speciale degli obblighi contrattuali, che richiedono delle regole particolari inconcepibili fuori del vincolo contrattuale. Non abbiamo oggi ragione di mutare convincimento ecc. (2) ». Talune affermazioni contenute in questo brano del GIORGI le ho già poc'anzi confutate nel combattere il suo originario assunto che in fondo il tenere distinta la trattazione delle due specie di colpa non sia che una sofisticheria di metodo. Ma inoltre molto

(1) Pare lo riconosca poco dopo lo stesso GIORGI, dicendo non potersi negare alla scienza il compito salutare di definire i concetti posti un po' troppo a modo di oracoli dal legislatore. Ma soggiunge doversi all'uopo separare le ricerche di filosofia del diritto da quelle di mera interpretazione del diritto positivo. Non entro, per non divagare troppo, in questioni sul preciso concetto e portata di tale delimitazione.

(2) GIORGI, *op. e vol. cit.* n. 140 bis, pag. 223-224 (7.ª ediz.).

giustamente oppone il Mosca: se vero fosse che di colpa cosidetta contrattuale si potesse parlare solo in riguardo ai contratti, quale significato avrebbe lo spostamento fatto dal Codice italiano degli articoli 1228 e 1229? Perchè il legislatore non li ha lasciati sotto il titolo *Degli effetti dei contratti*, come nel Codice francese, ma li ha trasportati sotto quello più largo *Degli effetti delle obbligazioni?* (1). Senonchè lo stesso Mosca e il Chironi pare non abbiano il coraggio di arrivare sino in fondo, come la coerenza logica esige. Infatti il Chironi, che nella prima edizione della lodata sua opera parlava di colpa contrattuale soltanto in relazione ai contratti e ai quasi contratti (2), nella seconda edizione giunge sino ad estenderla alle obbligazioni derivanti da legge (3) ma non più: il Mosca appare un po' incerto: comincia col limitare il concetto di colpa contrattuale alle obbligazioni derivanti da contratto o quasi contratto (4), nell'ultimo Capitolo della monografia, nel formulare le sue proposte sulla colpa contrattuale, vi include pure le obbligazioni derivanti dalla legge (5), e solo nel mezzo dell'opera in un punto dove polemizza col Giorgi, accenna a farvi rientrare anche le obbligazioni generate da delitto o da quasi delitto (6). Orbene, è proprio quest'ultimo il concetto giusto e che va senza ambagi dichiarato, il che abbiamo fatto sin dapprincipio dicendo che si ha la colpa cosidetta contrattuale semprechè fra le parti preesista una determinata obbligazione *da qualsiasi fonte derivi*. A ciò necessariamente conducono le osservazioni testè svolte dirette ad escludere che solo a proposito di contratti possa farsi parola di colpa contrattuale. Si tengano dunque nel caso di delitto o di quasi delitto ben bene distinte le seguenti due posizioni: chi ha commesso il delitto o quasi delitto è con ciò incorso nella colpa aquiliana secondo le norme degli Art. 1151 e segg. e questa colpa aquiliana *genera* a suo carico l'obbligazione del risarcimento. Ma, sorta oramai questa obbligazione fra danneggiante e danneggiato, il primo è un debitore come un altro e dovrà *nell'adempiere siffatta obbligazione* usare la diligenza prescritta per le obbligazioni in generale,

---

(1) Mosca, *Op. cit.*, pag. 26 in nota.
(2) Chironi, *Op. cit.*, n. 4, pag. 4 della 1ª edizione.
(3) Chironi, *Op. cit.*, n. 4, pag. 11-12 della 2ª edizione.
(4) Mosca, *Op. cit.*, pag. 1.
(5) Mosca, *Op. cit.*, pag. 201.
(6) Mosca, *Op. cit.*, pag. 25.

quella stessa dunque che incombe ad un debitore *ex contractu, quasi ex contractu, ex lege*; onde si dirà e si tratterà pur sempre come colpa contrattuale il difetto di tale diligenza da parte sua.

Tutto questo impone, lo ripeto, la logica del *sistema* tradizionale, voluto adottare indubbiamente (come la separazione dell'argomento in due distinte sedi dimostra) *dal legislatore*: onde rimane una discussione puramente teoretica e filosofica quella se la preesistenza di una *obbligazione* (da qualsiasi fonte derivi) sia tal cosa che giustifichi razionalmente il distinguere una specie del genere colpa diversa da altra specie in cui non preesista una *obbligazione* nel senso tecnico di questa parola, ma bensì un *obbligo* d'altra natura. Se anche fosse *razionalmente* da preferire una teorica che ammettesse in ambedue i casi la medesima ed unica specie di colpa, ciò non dispenserebbe l'interprete del Diritto positivo dal dover riconoscere che così non la pensò nè volle il legislatore patrio. Ed allora, posta come sistema di legge vigente la bipartizione, le considerazioni fatte necessariamente conducono a dare alla cosidetta colpa contrattuale la predetta estensione (1).

(1) Rispondo con ciò particolarmente alle osservazioni del CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, nota a sent. 5 luglio 1912 della Corte d'Appello di Venezia (causa Battaglia-Calzavara) in *Riv. del Diritto comm.*, X (1912) Parte II, pag. 743-749; geniale scritto sul quale tornerò in appresso. Fra i civilisti che accolgono la estensione del concetto di colpa contrattuale da me indicata piacemi ricordare DE RUGGIERO, cit. *Istituzioni*, Vol. II pag. 187, col quale concordo nel rilevare che certo il termine colpa *contrattuale* è affatto improprio, parendo alluda alle sole *obl. ex contractu*, DEGNI, *Commento alla nuova legge sul notariato* (Roma, Athenaeum 1913) sull'art. 76, pag. 177-178, che ne fa esatta applicazione in tema di responsabilità notarile, in perfetto accordo con F. S. BIANCHI, *Corso di Cod. civ. it.* I, *Principii generali sulle leggi* (Torino, Unione 1888), n. 123, pag. 904. Del resto anche il CHIRONI mostra di essersi accostato al concetto esteso di colpa contrattuale da me dato nei recenti suoi *Elementi di Diritto civile* (Torino, Bocca, 1914), come risulta dalla comparazione fra pag. 101 in fine e pag. 201 in principio, ove dichiara potersi pur comprendere fra le obbligazioni ex lege « i quasi contratti e l'ingiuria fuor del contratto ». E quanto ai romanisti, basti riferire la seguente esplicita dichiarazione del BONFANTE, cit. *Istit. di Dir. romano* (5ª ediz. del 1912, Milano, Vallardi), pag. 94-45: « Dicesi *colpa contrattuale* quella che interviene negli atti che sono illeciti *a cagione di un particolare rapporto colla persona lesa*, « perchè tale rapporto deriva *in generale* da contratto; *estracontrattuale* quella « che occorre in tutti gli atti illeciti per se stessi. Questa prende anche il nome « di aquiliana dalla legge Aquilia, che regola i danni recati alle cose altrui *quan-« do non siavi tra la parte responsabile e la parte lesa alcun rapporto* ».

Certo è però (e già lo [illegible]) lo si ripeterà a suo luogo) che *talune differenze* genericamente adottate per la colpa contrattuale presa in così lata accezione paiono plausibili solo nel caso che l'obbligazione preesistente derivi da contratto. Ma questo autorizzerà la censura alla estensione data anche in quei punti dalla legge alle sue norme, non il disconoscimento di cotale estensione.

§ 2.

Entità e graduazione della colpa contrattuale.

SOMMARIO: 104. Vecchie teoriche sui gradi della colpa contrattuale e sulla prestazione di essa. Legislazioni già vigenti in Europa che le aveano accolte. — 105. Legislazioni moderne che hanno abbandonate le viete distinzioni: loro suddivisioni in due gruppi. A quale gruppo appartenga il nostro Codice: si enunciano i tre canoni contenuti nell'Art. 1227. — 106. A) LA REGOLA: diligenza di un buon padre di famiglia. — 107. B) L'ECCEZIONE: caso in cui al tipo della diligenza in astratto si sostituisce quello della diligenza in concreto. Si espone l'opinione che vi ravvisa, anzichè un tipo a sè, una attenuazione del tipo ordinario. — 107 *bis*. Confutazione dell'opinione predetta. — 108. C) CASI IN CUI LA REGOLA VA APPLICATA CON MAGGIORE O MINOR RIGORE: Osservazioni preliminari e fondamentali sul modo di intendere questo terzo canone. — 109. Casi in cui la regola si applica con maggiore mitezza. — 110. Casi in cui la si applica con maggior rigore. Si combattono le opinioni di taluni autori, che impropriamente ravvisano in certe ipotesi simile aggravamento. In particolare si elimina il concetto di *custodia* come tipo a sè di più grave diligenza. — 110 *bis*. Dove propriamente ricorra legale aggravamento nell'applicazione della regola. In particolare della responsabilità degli albergatori e dei recenti disegni di legge diretti a mitigarla. — 111. Attenuazione o aggravamento di responsabilità derivante dalla volontà delle parti: in parricolare del patto *ne culpa praestetur*, se ed entro quali limiti abbia efficacia. — 111 *bis*. Riassunto e raffronto con la colpa aquiliana.

104. La diligenza si può prestare in misura diversa, e conseguentemente si concepisce che diversa possa essere l'entità della colpa. Astrattamente considerata la cosa, si può benissimo avere una scala a tre gradi, diligenza minima, normale o media, e massima, ai quali far corrispondere tre gradi di colpa (1). Ma altro è poi il vedere se ed entro quali limiti

---

(1) Cfr. CHIRONI, *Op., cit.*, n. 11, pag. 36-39.

tenga questa tripartizione in Diritto positivo. I vecchi Dottori che voleano tutto classificare, tutto racchiudere entro caselle ben definite, non esitarono ad applicare questa loro tendenza sistematica anche alla valutazione della diligenza incombente al debitore nell'adempimento delle sue obbligazioni, ch'è quanto dire delle specie o gradi di colpa ond'egli è tenuto a rispondere. Elementi così astratti, suscettibili tutt'al più di generiche determinazioni, si vollero sottoporre a rigide misure, mentr'è evidente che non si può, per dirla col PROUDHON, procedere in materia di colpa con la squadra ed il compasso come quando trattasi di stimare le dimensioni di un corpo fisico (1). Sorse così e diventò *communis opinio* la tripartizione della colpa in lata, lieve e lievissima, nè solo come criterio astratto, ma come canone inconcusso di Diritto romano e quindi di Diritto comune. La *culpa lata*, consistente nel passare ogni ragionevole limite nella negligenza, nel non comprendere quello che tutti devono comprendere: « lata culpa est nimia negligentia, idest non intelligere quod omnes intelligunt » (2): la *culpa levis*, mancanza della diligenza propria di un *diligens paterfamilias;* la *levissima* (desunta specialmente da una nota legge di ULPIANO relativa alla colpa aquiliana (3)), cioè mancanza della diligenza propria di un *diligentissimus paterfamilias*. Continuando poi con una di quelle costruzioni simmetriche di cui tanto si compiacevano, sedotti fors'anco dall'idea di perfezione che annettevasi all'*omne trinum*, posero quei vecchi Dottori la regola che, se nel rapporto obbligatorio hanno interesse e ne traggono vantaggio ambe le parti (es. la compravendita), siano tenute entrambe a rispondere della colpa lieve, se il solo debitore ne profitta, egli risponda della lievissima e il creditore solo della colpa lata, e viceversa il creditore della lievissima e il debitore della colpa lata se il rapporto obbligatorio sia nell'esclusivo vantaggio del creditore.

---

(1) PROUDHON, *Traité de droit d'usufruit etc.* (2e édit., Dijon, Lagier 1836) T. III, n. 1496, pag. 338.

(2) l. 213, § 2 D. de verbor. signif. 50, 16 di ULPIANO.

(3) l. 44 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2: « In lege aquilia et levissima culpa venit ».

Inquadrarono così nella precostituita triplice graduazione la cosidetta *prestazione della colpa* (frase analoga a quella di prestazione del rischio trattandosi di inadempimento per caso fortuito). Ma già in Diritto romano risulta non vera e artificiosa siffatta tripartizione. Per non ricordare che alcuni casi estremi, troviamo che il precarista, il quale per quella regola dovrebbe rispondere non solo della *levis*, ma persino della *levissima*, come quello a cui esclusivamente profitta il contratto (era infatti il precario quel contratto onde si concedeva a taluno l'uso gratuito di una cosa con facoltà di revocarlo a piacimento) non era tenuto invece oltre la *culpa lata* (1): invece il *negotiorum gestor* e il mandatario, che, agendo nell'altrui esclusivo interesse, avrebbero dovuto, se vera fosse quella regola, rispondere solo della *culpa lata*, erano tenuti anche per la *levis* (2). Combattuta già dal DONELLO nel secolo XVI (3), dal LEBRUN e dal THIBAUT nel XVIII (4), fu la predetta artificiosa costruzione demolita definitivamente al principio del secolo scorso dal HASSE, che vi sostituì, tornando al DONELLO, la bipartizione in *culpa lata* e *culpa levis* (5).

Riproducendo qui, come in seguito, cose già esposte nella mia memoria *La culpa in concreto nel vigente Diritto civile italiano* (6), ricorderò, a comprovare sempre più quanto si dilettassero i nostri vecchi

---

(1) l. 23 D. de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO comb. colla l. 8, §§ 3, 5 D. de precario 43, 26, dello stesso giureconsulto.

(2) l. 11 D. negot. gest. 3, 5 di POMPONIO, l. 20 Cod. de neg. gest. 2, 19 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, l. 24 Cod. de usuris 4, 32 degli stessi, § 1 Inst. de obl. q. ex contr. 3, 27, l. 23 D. de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO, l. 11, 13 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, l. 21 di COSTANTINO, Cod. mandati 4, 35, l. 8 § 10, l. 10 § 1 di ULPIANO, l. 22 § 11 di PAOLO D. mand. vel contra 17, 1.

(3) DONELLO, *Commentar. de iure civili*, Lib. XVI, cap. 7, n. 3 e segg. (T. IV, col. 693 e segg, dell'edizione di Firenze, Florentiae, ad signum Clius, 1842).

(4) Cfr. FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité en Droit privé* (Paris, Rousseau 1891), pag. 185 e segg.

(5) HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* Ne comparve la prima edizione nel 1815, la seconda, curata dal BETHMANN HOLWEG, nel 1838.

(6) Estratta dagli *Atti e memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova*, Vol. X Disp. IV (Padova, Randi 1894).

in queste operazioni che vorrei dire di dosimetria giuridica, come alcuni non si tenessero paghi nemmeno delle tre specie o gradi di colpa, ma ne facessero quattro, o con l'ammettere una *culpa latior*, o con l'inserire una categoria di *culpa levior* fra la *levis* e la *levissima* « quia inter superlativum et positivum, dice a quest'ultimo proposito il SALICETO, est medium necessarium, videlicet ipsum comparativum » (1). Altri invece, come il grande BARTOLO, istituivano cinque specie di colpa, *latissima, latior, lata, levis* e *levissima* (2), altri sei (3). E via così sempre in base a disquisizioni scolastiche e a filosofemi invocati più o meno a proposito. Chi si aspetterebbe, per esempio di vedere qui tirata in campo la *Summa* di SAN TOMMASO? Eppure è proprio nei *Singularia responsa* di ULRICO ZASIO, uno dei pochi del resto che, nell'opporsi alla *communis opinio*, seppero infilare la giusta via, è proprio in ZASIO che trovasi impugnata la quintuplice distinzione di BARTOLO, sostenendo ch'egli al pari dell'AQUINATE, cadde nell'errore di credere *quod per maius et minus diversificarentur species* (4); onde rispetto alla colpa si potrà parlare bensí, egli conclude, di varietà di gradi, ma non di specie.

Incombeva ai moderni codificatori di sbarazzare il terreno da queste ed altre simili cabale, e ciò per la massima parte fu fatto.

Che se fra i più importanti codici civili di Europa due perdurarono a tutto il secolo scorso perfettamente ligi in questa materia alle vecchie dottrine, il *bavarese* cioè ed il *prussiano* (5), ciò non dovrà meravigliare chi consideri la data cui risalgono e l'indirizzo al quale

---

(1) BARTHOL. A SALICETO, *Opera omnia*. Tomo I (Francofurti, Zetzner 1615), *ad l. 8 super quarto Codicis de pignorat. act.*, n. 6, col 760. Ed ecco in qual modo la definisce « Levior culpa est omittere imprudenter et sine proposito quod quilibet diligentior fecisset, vel facere quod quilibet diligentior omisisset » (*ib.*, n. 14, col. 763).

(2) BARTOLI, *In secundam Dig. vet. part. commentaria*, ad l. 32 *Quod Nerva, depos. vel contra*, n. 8 e segg. nel Tomo II delle sue *Opere* (Venetiis, ap. Juntas 1615) fol. 99 *verso* e 100.

(3) Cfr. gli autori cit. dal SALICETO, *Op. e loc. cit.*, n. 4, col. 759.

(4) UDALR. ZASII, *Singularium responsorum* Lib. I, Cap. 2, n. 9 e segg. nel Tomo V delle sue *Opere* (Francofurti, imp. Feyrabendii 1590), pag. 12.

(5) *Cod. maximilian. bavaricus*. Parte IV, Cap. I, § 20; *Allgem. preuss. Landrecht*, I. 3, §§ 16 e segg. e I. 5, §§ 277 e segg.

si ispirano. Il Codice bavarese del 1756 ci si presenta, anche nella forma, come un trattato di Diritto comune, nè più nè meno; il prussiano poi, del 1794, con le sue molteplici partizioni e coi suoi ventimila e più articoli, è proprio nell'ordine legislativo il tipo di quell'indirizzo casistico ed ipersistematico ad un tempo di cui vedemmo essere appunto un prodotto questa tripartita graduazione e prestazione delle colpe. Sorprenderà invece un po' più il trovarla riprodotta in due codici americani assai più recenti, cioè quello del *Chili* del 1855 (1) e quello della repubblica di *Guatemala* del 1877 (2).

105. I Codici (e sono, lo dicemmo, i più), che hanno abbandonate quelle viete distinzioni, parmi si possano ripartire in due gruppi, secondochè si accontentano di una norma generale assai lata, rimettendosi per la sua applicazione al savio criterio del giudice, o fissano invece più tipi di diligenza ed entrano in più o meno estesi ragguagli. Va collocato, per esempio, nel primo gruppo il *Codice portoghese* del 1867, il quale nell'Art. 717, posto sotto il Capo che tratta degli effetti dei contratti, dispone al § 3: « La qualificazione della colpa o negligenza dipende dal prudente arbitrio del giudice, conforme alle circostanze del fatto, del contratto e delle persone » (3); norma riprodotta tal quale nell'Art. 1563 del *Codice messicano* del 1871 (4). Così pure ha carattere molto generico la regola fissata dal *Codice spagnuolo* del 1889, che cioè la colpa

---

(1) Articoli 44, 1547.

(2) Articoli 1436-1440 inclus.

(3) « A qualifiçao da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do « julgador, conforme as circumstancias do facto, do contracto e das pessoas ». E conseguentemente questo Codice, pur scendendo ad occuparsi in particolare del deposito, lo fa con una disposizione d'indole generalissima, così concepita: « O de« positario è obrigado: 1° A prestar na guarda a conservaçao da cousa depositada, « o cuidado e diligencia de que è capaz, para o bom desempenho do deposito » (Art. 1435).

(4) « La calificacion de la culpa o negligencia queda al prudente arbitrio del « juez, segun las circumstancias del hecho, del contrato y de las personas ». Ma pel deposito questo Codice adotta un tipo a sè, cioè la diligenza *in concreto* « . . . el cuidado y diligencia que a costumbra emplear en la guarda de sus propias cosas » (Art. 2674, 1°).

o negligenza del debitore consiste nell'omettere quelle cure che la natura dell'obbligazione comporta, che essa varia secondo le persone, il tempo e il luogo e che, in mancanza d'altra specificazione, s'intende che al debitore incombono le cure di un buon padre di famiglia (Art. 1004), disposizione che acquista poi la massima elasticità combinata che sia con l'Articolo che immediatamente la precede, giusta il quale possono i tribunali moderare secondo le circostanze la responsabilità che procede da negligenza (1). Assai generiche sono pure le disposizioni del *Codice austriaco* e del *Codice federale svizzero delle obbligazioni*. L'austriaco dichiara in colpa, nei rapporti sia contrattuali sia extracontrattuali, chi, avendo l'uso della ragione, non impieghi nelle azioni da cui derivi un pregiudizio ai diritti altrui la diligenza propria di chi è dotato di una capacità comune (§ 1297); lo svizzero statuisce: « Di regola il debitore è responsabile di ogni colpa. La misura della responsabilità è determinata dalla natura particolare del negozio e sarà soprattutto giudicata più benignamente se il negozio non aveva per iscopo di recare alcun vantaggio al debitore » (art. 99) (2). A questa semplicità e larghezza massima di criterî s'informa altresì la giurisprudenza anglo americana (3).

Invece, e passo con ciò al secondo gruppo, tipi svariati di diligenza erano prestabiliti pei diversi casi dal *Codice sassone*, il quale infatti ammetteva: 1° la *colpa lata*, ad essa limi-

---

(1) Cfr. LEHR, *Éléments de Droit civil espagnol*, II (Paris, Larose-Forcel 1890), n. 441, pag. 240.

(2) Sin qui identico all'Art. 113 del Codice federale dell'81. L'attuale Art. 99 ha per di più il seguente capoverso finale: « Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale ». In questo Art. 99 scrive il ROSSEL, *Op. e Vol. cit.*, pag. 131 « on a jugé utile de dire que le débiteur répond « de toute faute » voire la plus légère... Notre Code ne distingue pas entre faute grave et faute légère: la mesure de la responsabilité incombant au débiteur est librement fixée par le juge, auquel le législateur ne donne que des directions générales ». Tuttavia non mancano articoli, come il già citato art. 100, ove della colpa grave, come di un grado o tipo a sé, si persiste a far parola anche nella legislazione svizzera.

(3) Cfr. FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 199-201.

tando la responsabilità del debitore che secondo la natura del negozio non ritragga alcun vantaggio, salvo che abbia sollecitata egli stesso la conclusione del rapporto obbligatorio; 2° la *colpa lieve*, come tipo normale per i rimanenti casi, soggiungendo tuttavia che talvolta la legge accenna ad una limitazione della stessa colpa lieve col prescrivere all'obbligato di adoprare quella diligenza stessa ch'egli impiega nelle cose sue proprie (1). È quest'ultima la cosidetta *diligentia quam in suis rebus* o *in concreto*, alla cui mancanza corrisponde quella che la scuola chiama pure *culpa in concreto*, la quale dunque nel Diritto sassone rappresentava sì veramente, per espressa dichiarazione di quel Codice, una mitigazione della colpa lieve (2).

Orbene, a questo secondo gruppo di legislazioni aventi più tipi prestabiliti di colpa io ritengo doversi ascrivere anche il *Codice nostro*, il quale, uniformandosi sostanzialmente, come

---

(1) § 728 « Die Betheiligten bei einer Forderung haften in ihren gegenseitigen « Beziehungen zu einander für absichtliche Verschuldung und für grobe und geringe « Fahrlässigkeit. Hat jedoch einer von ihnen nach der Natur des Verhältnisses « keinen Vortheil von demselben, so haftet er bloss für absichtliche Verschuldung « und für grobe Fahrlässigkeit » § 729 « Derjenige, welcher keinen Vortheil hat, « haftet für geringe Fahrlässigkeit, wenn er sich zu einem Geschäfte aufgedrängt « oder unaufgefordert angeboten hat, ingleichen wenn er fremde Geschäfte, besorgt » « § 730 « Wer nach besonderer Vorschrift der Gezetze nur den Fleiss zu beobachten « hat, welchen er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist zwar « für geringe Fahrlässigkeit *nur mit der aus dieser Vorschrift hervorgehenden* « *Einschränkung verantwortlich* ecc. ».

(2) Come due tipi bene distinti si presentavano nel *Codice giapponese* del 1891 (dovuto in tanta parte al BOISSONADE, ma non mai entrato in vigore) la diligenza di un buon amministratore (al cui difetto corrisponde la colpa lieve) e la diligenza (e relativa colpa) *in concreto*. Ciò secondo l'Art. 334 di tal Codice, posto nella parte generale relativa alle obbligazioni. Esso era così concepito: « Jusqu'à la livraison « d'un corps certain, le promettant doit conserver la chose avec les soins d'un bon « administrateur à peine de dommages-interêts, en cas de negligence ou de mauvaise « foi. — Toutefois s'il s'agit d'une aliénation gratuite, le promettant n'est tenu « d'apporter à la garde de la chose que les mêmes soins qu'il apporte aux choses « qui lui appartiennent. — Les autres cas où le promettant ne doit que les mêmes « soins sont reglés au sujet des matières qui comportent cette exception ». (*Code civil de l'Empire du Japon, traduction officielle* T. I), (Tokio 1891).

vedremo, al francese, dispone all'Art. 1224: « La diligenza che « si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia « questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue, « è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso « di deposito, accennato nell'Art. 1843. — Questa regola per « altro si deve applicare con maggiore o minor rigore secondo « le norme contenute per certi casi in questo Codice ». E l'Art. « 1843, quivi richiamato, dispone: « Il depositario deve usare nel « custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel « custodire le cose proprie ». — Chi tenga presenti queste disposizioni e non voglia far violenza al testo della legge deve pur convenire ch'essa ha voluto adottare due tipi separati e distinti, il *tipo astratto* del buon padre di famiglia come normale (salvo che il giudice debba considerarlo quando con maggiore e quando con minor rigore secondo determinati casi) e d'altra parte il *tipo concreto* in materia di deposito, dove la pietra di paragone non è più la condotta di un *bonus paterfamilias* in genere, ma bensì quella che il debitore suol tenere di fatto rispetto alle cose sue proprie (1). E se così è, ne viene che questo secondo tipo (che per brevità chiameremo coi romanisti della diligenza e della colpa *in concreto*) non è per nulla nell'odierno nostro Diritto una *riduzione* dell'altro, ma bensì un *quid* a sè, che potrà eventualmente con quello combaciare, o starvi al disotto od anche invece sorpassarlo, secondochè appunto il depositario alla gestione delle cose sue proprie usi rivolgere le cure di un buon padre di famiglia o cure minori o cure maggiori, cosa che dimostreremo più a lungo in seguito.

Qui per ora mi fermo all'Art. 1224 per osservar di passaggio che non fu inutile apparato storico l'esposizione della teoria comune dei vecchi interpreti, perch'essa era necessaria all'intelligenza dell'inciso contenuto in quell'articolo, secondo cui vuolsi la diligenza del buon padre di famiglia nell'adem-

---

(1) Anzi per essere più precisi si dovrebbe dire che nella nostra legislazione i tipi sono tre, tenendo presenti i testi nei quali si parla di *colpa lata* (Cod. civ., Art. 970; cfr. pure Articoti 449, 2020 Cod. civ. e Art. 441 Cod. comm.).

pimento dell'obbligazione, ***abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti, o d'ambedue.*** Posto poi per un momento come dimostrato che la *culpa in concreto* è un tipo a sè, non un'attenuazione della *culpa levis in abstracto*, ne viene che l'Art. 1224 si può scindere in tre parti o canoni: 1) Norma fondamentale, ossia regola, la diligenza di un b. p. f., *idest* rispondenza per colpa lieve. 2) Eccezione, per cui si adotta un tipo diverso (diligenza *in concreto,* donde *culpa in concreto*) pel solo caso di deposito. 3) La regola stessa non sempre si applicherà in modo uniforme, ma quando più, quando meno rigorosamente.

Di fronte a tanta chiarezza di dettato legislativo è da meravigliarsi che si possa ancora discutere dagli interpreti, taluni dei quali si lasciano influenzare da quelle stesse vecchie teorie, che il Codice nostro (e con esso il francese) mostrò di voler ripudiare col predetto inciso dell'Art. 1224. È già fonte di incertezze e difficoltà il terzo degli accennati canoni, che cioè il tipo del b. p. f. si debba assumere con più o meno di rigore secondo i varî casi indicati dal Codice, nè conviene ulteriormente ingolfarsi con sottili interpretazioni in una casistica psicologica, come ben la si disse (1), la quale in pratica è di molto difficile applicazione.

Ho accennato dianzi al *Codice francese.* La disposizione di esso, analoga alla nostra, è contenuta nell'Art. 1137, il quale però non presenta il carattere di generalità del nostro Art. 1224, perchè, posto sotto la sezione speciale delle obbligazioni di dare, parla, non come il nostro di diligenza da impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, ma nell'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa. Dottrina e giurisprudenza però estendono in Francia il principio ad ogni genere di obbligazioni (2). Differisce poi l'Art. 1137 del Codice francese dal

(1) SIMONCELLI, cit. *Contributo alla teoria della custodia nel Diritto civile*, pag. 40.

(2) Cfr. fra tanti, DEMOLOMBE cit. *Cours* etc., T. XXIV, n. 404, pag. 378. AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, § 308 testo, e nota 28, pag. 101, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 232, pag. 295-296, HUC, cit. *Commentaire*, VII, pag. 159.

nostro Art. 1224 inquanto non contiene l'esplicito richiamo al caso eccezionale del deposito.

106. A) LA REGOLA, nella sua purezza considerata, ci dà che l'obbligato dovrà, nell'adempiere la sua obbligazione adoperare la diligenza di un buon padre di famiglia, tipo astratto. Questa è dunque la misura necessaria, ma altresì sufficiente: necessaria, e quindi non varrebbe di scusa il fatto che nelle cose sue egli usasse un grado minore di diligenza; sufficiente, e però basta che usi quella diligenza anche se nelle cose sue ne impieghi per avventura una più scrupolosa ancora. Nè è a dire che si esca da questo tipo che si può chiamare dell'uomo medio o normale, e si voglia qualcosa di più quando si tratta dell'esecuzione di un contratto relativo ad una professione, ad un'arte, ad un mestiere speciale, dove udiamo tuttogiorno ripetere il noto e giusto principio romano: *imperitia culpae adnumeratur* (1), inquantochè qui allora c'è già la colpa, il difetto della diligenza che un buon p. f. deve adoperare, per la sola circostanza di essersi accinti a fare ciò che non si sa fare. Dice bene il FERRINI: « Non è che qui si esiga qualche cosa di più di quello che il *paterfamillias* può dare, non è per avventura che qui si attenda la cosidetta *testa critica* del BARON (*kritischer Kopf*)... Finchè il p. f. non s'intriga d'arti o mestieri, non è tenuto a saperne, ma il buon p. f. può fare il

---

BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, cit. *Des obligations,* I (3e édit.) n. 357, pag. 403. Contra LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. I, sull'Art. 1137, n. 15, pag. 434 e segg. Il LAROMBIÈRE sostiene inapplicabile l'Art. 1137 alle obbligazioni di fare, che sono di una infinita varietà, onde la responsabilità del debitore vi si dovrà interpretare diversamente secondo che portano le circostanze, quando ritenendolo tenuto solo per colpa grave, quando per colpa lieve, quando per colpa lievissima. E così farebbe rivivere per le obbligazioni di fare in Diritto francese quella vecchia tripartizione di colpe, contro cui nella preparazione del Codice francese espresse aperta condanna il BIGOT-PRÉAMENEU. Cfr. FÈNET, XIII, pag. 230, ove però non farà meraviglia il veder indicata come romana la predetta tripartizione, chè questa era l'idea del tempo.

(1) l. 132 D. de reg. iur. 50, 17 di GAIO, l. 9 § 5 D. loc. cond. 19, 2 di ULPIANO, che fa propria l'opinione di CELSO, l. 8, § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 di GAIO, §§ 7, 8 Inst. de lege Aquil. 4, 3.

pilota o il vetturale (come oggi può guidare una locomotiva, o fare il capostazione) e quando assume tali uffici si provvede delle necessarie cognizioni e adibisce una diligenza tanto più intensa quanto più è pericoloso l'ufficio (1) ».

Nel ricordato principio *imperitia culpae adnumeratur* si contiene pertanto (bene avvertiva il WENDT (2) la risposta alla critica mossa da taluni Autori, come il GIERKE (3), al § 144 del primo Progetto del Codice civile germanico, il quale pure aveva richiesta nell'adempimento delle obbligazioni la diligenza di un ordinario padre di famiglia (4). O che non si dovrà distinguere, si diceva, secondo il sesso, secondo le condizioni varie? Dovranno dunque anche la moglie, i figli, i domestici, per sapere esattamente ciò che hanno da fare o da omettere, figurarsi di essere altrettanti padri di famiglia? Si dirà forse che l'attrice, la ballerina devono adempiere il loro contratto verso l'impresario con la cura di un buon capo di casa? Pure queste speciose osservazioni hanno impressionato talmente il legislatore germanico, che nella seconda lettura del Progetto si abbandonò il tipo dell'ordinario *paterfamilias*, parlandosi invece della diligenza richiesta negli ordinarî rapporti della vita (5), espressione adottata definitivamente nel Codice del 1896 (6), ma certo più vaga e in sostanza conducente sempre al medesimo concetto, che si debba cioè prendere come tipo l'uomo medio, la persona normale (7).

---

(1) FERRINI, *Azione di danni*, in *Enciclopedia giuridica ital.*, Vol. IV, Parte I, n. 99, pag. 77.

(2) WENDT, *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* in *Archiv. f. d. civil. Praxis*. N. F., Bd. XXXVII, (pag. 422-452), pag. 426 e segg.

(3) GIERKE, *Der Entwurf eines bürg. Gesetzb. und das Deutsche Recht* in *Jahrb. fur Gesetzgeb. u. s. w.* dello SCHMOLLER, (XII e XIII), XII, 3 Heft, pag. 81-82.

(4) *Entwurf, I Lesung*, § 144: « Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird ».

(5) *Entwurf, II Lesung*, § 233 « Der Schuldner hat . . . Vorsatz und die Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) zu vertreten ».

(6) § 276 « . . . Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt ».

(7) Cfr. WENDT, *loc. cit.*, passim. E il FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, estr. dal Vol. XXXII degli Atti della Reale Accad. di scienze morali e politiche di Napoli (Napoli, 1901) scrive a pag. 24 : « Per giudicare se in un determinato affare il debitore abbia usata la diligenza voluta, si fa capo

107. B) La eccezione: Concerne il deposito volontario, quello cioè che ha luogo per consenso spontaneo di chi dà e di chi riceve la cosa in deposito (Art. 1839), in contrapposto al necessario, quello a cui uno è costretto da qualche accidente come un incendio, una rovina, un saccheggio e simili (Art. 1864), alla qual condizione si pareggia quella del deposito degli effetti che il viandante porta negli alberghi ove alloggia (Art. 1866). Orbene, per l'articolo 1843 (1927 del *Codice francese*), già richiamato nel 1224, nel deposito volontario il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie. Parrebbe così chiara questa disposizione da non lasciar luogo a dubbî od equivoci. È abbandonato cioè il tipo astratto del *diligens paterfamilias*, per assumere un tipo diverso, il concreto, e quindi se nelle cose proprie il depositario usi una diligenza inferiore alla normale di un b. p. f., di questa bisognerà che il deponente si accontenti, ma egli avrà diritto invece ad esigere la diligenza normale od anche più della normale se tale sia quella che il depositario adopera nelle cose sue. Senonchè vi ha chi ritiene che la regola dettata per il deposito rappresenti *sempre* un alleviamento nella diligenza dall'obbligato richiesta e quindi nella colpa di cui tenerlo responsabile, che in altre parole la *diligentia quam suis* sia già di per sè un tipo inferiore alla

---

all'uomo che per la sua posizione, come capo responsabile di un'azienda domestica, per l'educazione ricevuta, per la sua fama di probità dà tutte le garanzie di capacità e di moralità. Si può mettere in burletta il padre di famiglia, com'è facile scherzare su tutto e su tutti, ma non si può riescire a negare che negli affari ordinari della vita, l'uomo che offre quelle garanzie è un tipo veramente pratico ». E giustamente poi a pag. 43-44 dimostra come « dopo tanto battagliare, dopo avere mutata la formola nel nuovo codice, i civilisti tedeschi finiscono per confessare che in sostanza non vi è differenza fra il criterio romano e quello del codice ». Contro l'idea universale che il b. p. f. significasse *l'uomo medio* (media certo elevata nell'ambiente romano della repubblica, Fadda, ibid. pag. 26-27) sta ora il Sertorio, *Op. cit.*, pag. 116 e segg. Invece proprio per quell' idea che vi è insita di tipo medio dell'uomo di un dato tempo e di un dato luogo il Cogliolo cit. *Scritti vari*, II, pag. 149, ravvisa nel b. p. f. una delle concezioni più felici e pratiche dei giuristi romani.

diligentia del *b. p. f.* E poichè nella questione ha grande peso l'Art. 1844 (corrispondente al 1928 del *Codice francese*), di questo diciamo anzitutto brevemente, esponendo poi gli argomenti tutt'altro che trascurabili dei sostenitori di cotale opinione (1).

Dice l'Art. 1844: « La disposizione del precedente articolo si deve applicare con maggior rigore: 1° quando il depositario si è offerto a ricevere il deposito — 2° quando ha stipulato una rimunerazione per la custodia del deposito — 3° quando il deposito si è fatto unicamente per l'interesse del depositario — 4° quando si è convenuto espressamente che il depositario sarà obbligato per qualunque colpa ». Nel primo caso è naturale che il deponente abbia diritto di attendersi maggiori cure nella conservazione delle cose sue, vista la spontanea offerta da parte del depositario. Nel secondo caso per effetto della mercede siamo veramente fuori del campo del deposito, che l'Art. 1837 qualifica contratto *essenzialmente* gratuito, e il contratto diventa una locazione d'opera, di cui ricorrono tutti gli estremi, un servizio reso da una parte, una retribuzione in correspettivo dall'altra. Il che è conforme ai principî ro-

---

(1) Fra questi va notato particolarmente il SIMONCELLI cit. *Contributo alla teoria della custodia,* a confutazione del quale è in modo speciale diretta la ricordata mia memoria *La culpa in concreto* ecc. Ma qui non trascurerò anche talune obbiezioni che mi ha mosse di poi con l'acume e cortesia abituali l'esimio collega ed amico PEROZZI, *La culpa in concreto* in *Temi Veneta*, XIX (1894), pag. 477-482, il quale concorda col SIMONCELLI nelle conclusioni, ma non negli argomenti. Meco invece CHIRONI, *Op. cit.*, n. 54 e segg., pag. 133 e segg., LANDUCCI, Bibliografia sul Chironi in *Archivio giuridico* XXXIV, pag. 90-91, GIORGI *Op. cit.*, Vol. II, n. 28, pag. 48-49 (7ª. ediz.), FILOMUSI-GUELFI, *Lezioni sulle obbligazioni*, compilazione GRISOSTOMI VON ELES (Roma 1897 litog. Laudi) (delle quali vengo ora soltanto a cognizione e in possesso per la gran difficoltà di sapere se e quali lezioni litografate di Colleghi esistano e siano in commercio), BRUGI, cit. *Istituz. di Dir. civ.*, §. 26 pag. 229 (3ª. ediz.) VENZI in nota aggiunta alle cit. *Istituz.* del PACIFICI-MAZZONI, Vol. IV, pag. 462, ed ora, per ciò che riguarda il Diritto italiano vigente, se non per Diritto romano, DE RUGGIERO, cit. *Istituzioni di Dir. civ.*, II, pag. 186 e il cit. SERTORIO, *La culpa in concreto nel Diritto romano e nel Diritto odierno*, pag. 213 e segg.

mani (1), come riconobbe anche il POTHIER (2). Il terzo caso pure contemplato nell'Art. 1844 basta enunciarlo perchè sia palese la ragionevolezza di trattare più rigorosamente il depositario: non è piuttosto altrettanto facile il configurarselo praticamente. All'uopo tutti ricorrono all'esempio contenuto nella l. 4 pr. D. de reb. cred. 12, 1 di ULPIANO. Eccone il tenore: « Si quis nec causam nec propositum foenerandí habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat deposuerit apud te hanc eamdem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obbligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit ». Lasciando che il passo guarda la cosa dal punto di vista dalla prestazione del rischio e pericolo, mentre noi stiamo trattando della prestazione della colpa, si è trovato che esso contiene una fattispecie nella quale si ha un deposito fatto unicamente nell'interesse del depositario. Il caso è precisamente questo. Io probabilmente acquisterò fra alcuni mesi un fondo ed avrò in tal caso bisogno di mutuare una somma

---

(1) l. 1, § 8 D. depos. vel contra 16, 3 di ULPIANO.

(2) POTHIER, *Traité du contrat de dépôt* (*Oeuvres*, III, Bruxelles, Jonker 1830), n. 13, pag. 85. Un'esplicita dichiarazione in questo senso, proprio nei riguardi della colpa, leggiamo nel *Codice chileno* all'Art. 2219, così concepito. « El depósito propriamente dicho es gratuito. Si se estipula remuneracion por la simple custodia de una cosa, el depósito dejenera en arrendamento de servicio, i el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve » Quell'Articolo prosegue (e in ciò non saprei approvarlo) dichiarando « pero bajo todo otro respecto esta sujeto a las obbligaciones del depositario, i goza de los derechos de tal ». Anche il LAURENT nel suo *Avant - Projet de révision du Code civil* (Bruxelles, Bruylant-Christhophe 1882) dichiara all'Art. 2001 « Le dépôt est un contrat essentiellement « gratuit. Si un salaire est stipulé pour le dépositaire, le contrat prend la nature « du louage », ma poi ha il torto di includere nel successivo Art. 2010, sull'esempio del Codice francese, tra i casi di deposito con responsabilità aggravata quello in cui il depositario abbia « stipulé un salaire pour la garde de la chose ». — Meglio assai quel già ricordato *progetto di Codice giapponese*, che, promulgato nel 1891, avrebbe dovuto entrar in vigore col 1893: conseguente alla dichiarazione che il deposito è essenzialmante gratuito (Livre de l'acquisition des biens, Art. 206), non

con cui pagare in tutto o in parte il prezzo. Mi rivolgo a Tizio, mio amico, che sta per partire, e gli tengo il seguente discorso: dammi la tal somma, io te la terrò in deposito finchè tu sei in viaggio, ma per convertirla da somma a titolo di deposito in somma a titolo di prestito il giorno in cui, durante la tua assenza, io mi decidessi a comperare quel tal fondo. Ecco un deposito fatto in circostanze tali, da riuscire unicamente a vantaggio del depositario [semprechè però, ciò che veramente il passo non dice ed anzi le prime parole sembrerebbero escludere, il prestito eventuale sia gratuito (1)]. Parrebbe che qualche maggiore esigenza nei riguardi della prestazione della colpa la si dovesse avere anche nel caso in cui il deposito non fosse nell'interesse esclusivo del depositario, ma sì nell'interesse comune di ambe le parti, del che avremmo esempio se, fermi tutti i dati della fattispecie or ora indicata, ammettessimo che l'eventuale futuro mutuo sarà fruttifero e non gratuito (2). — Nel quarto caso finalmente se dall'Art. 1844 si esige maggior diligenza, non è che pel ri-

---

poneva fra i casi di responsabilità aggravata (ibid. Art. 210 capov.) il deposito salariato. Esclusione motivata dal BOISSONADE appunto con l'osservazione che allora si tratta non più di vero deposito, ma di locazion d'opera. (*Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, T. III (Tokio, 1888), n. 718, pag. 870-871). [È noto che, sospesa l'entrata in vigore del Codice del 1891, fu elaborato da una nuova grande Commissione altro testo promulgato il 28 Aprile 1896 (trad. francese MOTONO-TOMJJ, Paris, Larose 1898). Ora in esso con l'Art. 659 il legislatore giapponese non fa che applicare al deposito gratuito il criterio della *diligentia quam suis*.]

Fatto sta che vani risultarono tutti gli sforzi, tentati a dirimere la sconcordanza fra le definizioni del deposito come essenzialmente gratuito (Art. 1837 del nostro Codice, 1917 del *francese*) e la disposizione in esame da commentatori del Codice nostro e del francese. Arbitrario p. es., è l'asserto di quelli che si ostinano a ravvisare il contratto come vero deposito se la mercede è bassa, non adeguata al servizio (cfr. su di ciò GUILLOUARD, cit. *Traité du prêt, du dépôt* etc., *Tr. du dépôt*, n. 14 e segg., pag. 287 e segg.), quasichè una certa entità nella mercede fosse essenziale nella locazione d'opere.

(1) Cfr. GUILLOUARD, *Op. cit.*, n. 56, pag. 336-337.

(2) GUILLOUARD, *Op. cit.*, n. 57, pag. 337.

spetto dovuto ai patti; di qualunque colpa risponderà il depositario dal momento che così è convenuto.

Ora tornando alla cennata questione, esponiamo i principali argomenti degli avversarî nostri, i quali ravvisano nella diligenza *quam in rebus suis* dell'Art. 1843 un grado sempre inferiore a quella del b. p. f., e quindi intendono i quattro casi del successivo Art. 1844 come un ritorno alla diligenza ordinaria del b. p. f., senza che mai si possa andare più oltre. Sono di tre specie siffatti argomenti, su cui il SIMONCELLI in particolar modo si appoggia: un argomento esegetico intorno all'art. 1224, un argomento storico desunto dalla genesi e dal concetto romano della *culpa in concreto*, e finalmente un argomento di induzione tratto dalla materia del sequestro giudiziario. Esponiamoli partitamente:

1°) Prendendo come fondamentale nell'Art. 1224 l'inciso « abbia questa (obbligazione) per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue », con che si volle proscrivere il vecchio concetto di commisurare la prestazione della colpa all'utile derivante dal negozio, dice il SIMONCELLI che si può parafrasare l'Art. stesso nel modo seguente: la regola è la diligenza del buon padre di famiglia, senza che il criterio dell'utilità influisca punto ad attenuare, come in passato, questa diligenza in quella *quam in rebus suis,* salvo il caso del deposito, in cui dunque il criterio dell'utilità opera e quindi, essendo il deposito di regola gratuito, cioè il debitore non risentendo vantaggio, minore sarà la sua responsabilità, e precisamente quella della diligenza *in concreto*. Se ne deduce che, se non è gratuito, cessa l'eccezione e ritorna la regola, cioè la diligenza del buon padre di famiglia, e così si spiega il maggior rigore dell'Art. 1844 e vengono motivati il secondo e il terzo caso ivi contemplati. Questo l'argomento che, per brevità, chiameremo *esegetico*.

2°) Quanto al secondo argomento che dissi *storico,* ci si fa osservare che il concetto romano della *diligentia quam in suis* nacque pei casi di tutela, società, comunione e amministrazione del marito in ordine alla dote, quale attenuazione

della diligenza del buon padre di famiglia, sicchè solo in quanto non la raggiunga può, come ebbe a dire il HASSE (1), essere considerata come qualche cosa di speciale. In vista di ciò, e quando inoltre si consideri che l'eccezione riguardante il depositario deriva dal Diritto romano, che per Diritto romano egli di regola rispondeva della *culpa lata*, e, solo quando si fosse da sè offerto, la sua responsabilità si elevava alla diligenza del buon padre di famiglia (l. 1, § 35 D. 16, 3), ne viene che va contro la storia della legge, la quale volle essere più mite col depositario, chi ammette che il *maggior rigore* dell'Art. 1844 possa sorpassare la diligenza ordinaria.

3°) Finalmente l'ultimo argomento poggia sopra l'Art. 1876, per il quale, trattandosi di sequestro o deposito giudiziario, è fatto obbligo al depositario di usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Orbene, dice il SIMONCELLI, anche a voler ritenere quest'articolo applicabile solo nei rapporti fra sequestrante e depositario, resta sempre vero che qui, dove si verifica uno dei casi dell'Art. 1844, cioè il secondo, per essere il depositario retribuito, la diligenza di *maggior rigore* non è niente più di quella del buon padre di famiglia. L'Art. 1876 adunque viene col suo esempio a determinare la giusta portata dell'Art. 1844, del quale è una applicazione pura e semplice, e conseguentemente la giusta portata altresì dell'articolo che precede, per effetto del quale dunque si dovrà stare sempre al disotto della diligenza del b. p. f., che è come dire che rispondere di *culpa in concreto* è sempre meno che rispondere di *culpa levis*. (Si sofferma poi il SIMONCELLI a dimostrare (cosa nella quale io con lui perfettamente concordo) che la disposizione dell'Art. 1876 deve intendersi, oltrechè nei rapporti fra sequestrante e depositario, nei riguardi altresì del deponente, trovando modo di connettere a questa materia del sequestro giudiziario ciò che in termini generici dispone il

(1) HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, 2e Aufl. (hes. von BETHMANN-HOLLWEG, Bonn, Marcus, 1838), § 42, n. 2°, pag. 148.

Codice di procedura civile in tema di pignoramento, che cioè il custode debba adoperare per la conservazione degli oggetti pignorati la cura di un diligente padre di famiglia).

107 *bis*. Vagliamo una per una cosifatte argomentazioni.

Ad 1°) L'esegesi dell'Art. 1224 quale ci è presentata *ex adverso* non potrebb'essere più forzata ed arbitraria. Per quanta sia l'importanza dell'inciso « abbia questa [l'obbligazione] per « oggetto l'utilità d'una delle parti o d'ambedue », rimane sempre come proposizione principale, contenente il principio-cardine dell'articolo stesso, la seguente: « La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione è sempre quella di un buon padre di famiglia » — e però la riserva finale « *salvo il caso di deposito* », come quella che segue l'enunciazione del predetto fondamentale principio, deve intendersi riferibile al principio stesso, e non già all'idea secondaria contenuta nell'inciso, nel quale, se così fosse, quella riserva avrebbe dovuto essere compenetrata. In altre parole l'Art. 1224, a chi voglia leggerlo ed interpretarlo nel senso fatto palese dal proprio significato delle parole *secondo la connessione di esse* (come prescrive l'Art. 3 del Tit. preliminare del Codice), viene a dire questo e non altro: la diligenza di un buon padre di famiglia è il tipo costante, eccezione fatta soltanto in materia di deposito: *ergo* pel deposito il legislatore ha inteso di proporre un tipo eccezionale diverso. Che se, anzichè un tipo nuovo a sè, non si avesse in fatto di deposito che un'attenuazione del tipo normale, diventava inutile il farne espresso accenno nel primo comma dell'Art. 1224, perchè allora questo caso sarebbe rientrato nella generica disposizione del capoverso.

Tanto è ciò vero, che il Laurent nei Motivi del suo *Avant-Projet*, credendo appunto che il caso del deposito sia da considerare non altro che come una delle eccezioni già comprese nella generica dizione del capoverso (cioè altro dei casi di minor rigore), muove censura al legislatore italiano per averla *inoltre* menzionata a parte, mentre invece a ragione ha omesso di richiamare nell'Art. 1224, appunto perchè tutti inclusi nel capoverso, i casi di mandato gratuito e di ge-

stione d'affari, nei quali pure c' imbattiamo in attenuazioni della responsabilità ordinaria (1). Questa censura avrebbe pur dovuto ripetere il SIMONCELLI dal suo punto di vista. E noi, mutuandola per conto suo dal LAURENT, rispondiamo che il richiamo al caso speciale del deposito fu per la prima volta introdotto dal nostro Codice nella disposizione regolatrice della colpa contrattuale, mentre invece non figurava nei corrispondenti articoli del Codice *francese*, dell'*albertino*, del *parmense*, del *napoletano*, dell'*estense* (2), benchè tutti questi avessero poi per il deposito adottato lo stesso criterio di responsabilità fissato dal nostro Art. 1843 (3). Non può dunque considerarsi casuale, nè tampoco superfluo, questo esplicito accenno al deposito nell'Art. 1224, mentre si continuò a tacere del mandato e della gestione d'affari, e la diversità si spiega per l'appunto con ciò, che il richiamo al mandato e alla gestione avrebbe costituito una ripetizione inutile, mentre non la costituiva il richiamo al deposito per aversi qui realmente un tipo di diligenza *sui generis*. Nell'argomento esegetico così come lo adduce il SIMONCELLI è inoltre da rilevare una inesattezza, in quanto egli, parafrasando l'Art. 1224, dice: la regola è la diligenza di un buon padre di famiglia, *senza che il criterio dell'utilità influisca punto ad* ATTENUARE, COME IN PASSATO, QUESTA DILIGENZA IN QUELLA QUAM IN REBUS SUIS, *salvo il caso di deposito ecc.* Gli si può obbiettare che l'attenuazione, basata sul criterio dell'utilità da parte del solo creditore, consisteva IN PASSATO nello scendere dalla responsabilità per colpa lieve a quella per sola colpa lata, non già a quella per la colpa in concreto. Ciò posto il SIMONCELLI, se vuole insistere nel suo modo di leggere l'Art. 1224, vi dovrà ravvisare ripristinato *l'antico* favore pel depositario *nel senso* ch'egli risponda di sola colpa lata. E allora dove se ne va il diverso criterio della *culpa in concreto* posto nell'Art. 1843 del nostro Codice? E ciò specialmente datochè il concetto di colpa lata in *subiecta materia* non venga accolto, come non mostra di accoglierlo il SIMONCELLI, nel senso della l. 33 D. depos. vel contra 17. 1 di CELSO, di che si dirà più innanzi.

---

(1) Sull'Art. 1146, n. 8, pag. 142 del Tomo IV (Bruxelles, Bruylant-Christophe 1884).

(2) Cfr. *Cod. franc.*, Art. 1137, *albertino*, Art. 1228, *parmense*, Art. 1110, *delle Due Sicilie*, Art. 1091, *estense*, Art. 1187.

(3) Cfr. *Cod. franc.*, Art. 1927, *albertino*, Art. 1961, *parmense*, Art. 1988, *estense*, Art. 1972, *delle Due Sicilie*, Art. 1799.

Ad 2°) Passo all'argomento *storico*. È verissimo che i romanisti sogliono concepire la *diligentia quam in suis rebus* come qualche cosa a cui si abbia particolare riguardo solo in quanto stia al disotto della diligenza di un buon padre di famiglia. Ma su di ciò parmi possibile qualche dubbio. I casi comunemente citati sono, lo vedemmo, quelli della comunione, della società, della tutela (1) e dell'amministrazione della dote per parte del marito. Ebbene, esaminati attentamente passi delle fonti relativi a tali rapporti, mi sembra che per due di quei quattro casi non sia azzardato per lo meno il dubbio che la *diligentia quam in suis rebus*, lungi dal rappresentare un'attenuazione, figuri assunta come criterio di *possibile* aggravamento della diligenza ordinaria. Infatti la l. 17 pr. D. de iure dot. 23, 3 di PAOLO, dopo di aver detto che il marito deve prestare « *tam dolum quam culpam* quia causa sua dotem accipit », soggiunge: « sed etiam diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet ». Ora il *sed etiam* parmi voglia significare che s'intende di *caricare* la responsabilità derivante al marito dalle parole precedenti, le quali già la estendevano alla colpa ordinaria. E così dicasi della l. 1 pr. *D.* de tut. et ration. distrah. 27, 3, dove pure apparisce che il giureconsulto ULPIANO voglia presentarci un crescendo di responsabilità a carico del tutore col dire che della sua condotta egli risponderà « praestando dolum, « culpam et quantam in rebus suis diligentiam ».

Resterebbe dunque per lo meno paralizzata la teoria che ravvisa nella genesi e nel concetto della colpa *in concreto* secondo il Diritto romano una costante mitigazione deila colpa ordinaria, dal momento che su quattro casi che questa teoria invoca *può dubitarsi* che due risultino invece a favore di un assunto diametralmente opposto (2).

---

(1) Si dilungano dall'opinione comune il FADDA, *Op. cit.*, pag. 34 e segg. e il SERTORIO, *Op. cit.*, pag. 14-35 riguardo alla tutela, reputando tenuto il tutore per *culpa levis* sia nel Diritto classico, sia nel Diritto giustinianeo.

(2) Non ignoro però i significati speciali che si vollero dare nei riguardi della prestazione delle colpe all'espressione *diligentia*, in quanto la si trovi usata nelle fonti accanto al *dolus* e alla *culpa*. Per taluni alla mancanza della *diligentia*

Nè mancherebbe di ciò la ragione. Il Diritto romano, alieno da ogni astrattezza, non avrebbe concepita la *culpa in concreto* come un tipo che esista in un costante determinato rapporto di più o di meno rispetto alla colpa ordinaria, ma avrebbe dettate norme anche qui volta per volta secondo la varietà delle circostanze di fatto. E che il Diritto romano non pensasse a costruire una teoria generale della *culpa in concreto*, nè ubbidisse ad un ordine invariato di idee nel regolarla, lo comproverebbe il fatto che, presi pure i due casi in cui realmente la diligenza *quam in suis* funziona quale attenuazione dell'ordinaria, il motivo di siffatta attenuazione addotto per uno di quei casi è tale, che avrebbe dovuto addirittura farla escludere per l'altro. Infatti quanto alla società se ne reca nella l. 72 *D.* pro socio 17, 2 la seguente ragione : « .... Sufficit talem diligentiam communibus rebus « adhibere qualem suis rebus adhibere solet, *quia qui parum diligen-* « *tem sibi socium* acquirit, de se queri debet ». Ma allora, se tale e non altro fosse il motivo della mitigata responsabilità, questa non dovrebbe incontrarsi, come invece per la l. 25, § 16 *D.* fam. ercisc̣. 10, 2 di Paolo, si incontra, nei rapporti fra coeredi, dove la comunione è incidentale. Il vero si è che, con quel finissimo intuito giuridico che li distingueva anche quando non sapevano dare dei loro responsi l'esatta ragione, i giureconsulti romani sentirono che l'indole

---

corrisponde la colpa contrattuale, mentre colla parola *culpa* si allude all'aquiliana (Hasse, *op. cit.* §§ 33 e seg., pag. 120 e segg., Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II Bd, I Abth. (2e Aufl., Erlangen, Deichert 1879), § 266, pag. 251, nota 10). Altri ritiene che *culpa* significhi allora *culpa in faciendo*, e che la prestazione della *diligentia* consista nel rispondere della *culpa in non faciendo*. (Wening-Ingenheim, *Die Lehre vom Schadensersatze nach römischen Recte* (Heidelberg, Mohr 1841), §§ 80, 81, 82, pag. 170-176). Io non posso addentrarmi in siffatta ricerca, che richiederebbe da sola una estesa monografia. Ma osservo soltanto che, ove si accogliesse la prima spiegazione delle parole *culpa* e *diligentia*, non si capirebbe perchè nel rapporto *contrattuale* derivante dalla dote il giureconsulto si fosse anzitutto occupato della prestazione di una eventuale colpa aquiliana e con una motivazione che a questa specie di colpa non si attaglia punto (« virum praestare oportet tam dolum quam *culpam*, *quia causa sua dotem accipit* ») e solo di poi della colpa contrattuale a scopo di attenuazione. Ed accogliendo l'altra interpretazione, non saprei ugualmente vedere perchè dovesse il marito rispondere nella misura ordinaria delle colpe *in faciendo* e meno di quelle *in omittendo*. Analoghe considerazioni possono farsi nei riguardi del tutore. Invece coi riflessi che espongo nel testo parmi si spieghi la progressione di responsabilità, che i passi relativi alla

intrinseca del rapporto giuridico domandava in questo o quel caso la prestazione della *diligentia quam suis*, ma ciò in vario senso, quando nel senso che fosse troppo l'esigere la diligenza ordinaria, quando invece nel senso e all' intento di *eventualmente* sorpassarla. È la dottrina odierna che può e deve, lavorando sopra i testi romani, ridurli (in quanto è possibile senza sforzi od artificî) ad unità di sistema, nè il tentarlo nella materia nostra mi parrebbe gran fatto difficile. In vero, ciò che vi ha di comune nei due casi della societá e della comunione è la circostanza che ciascun debitore (socio o comunista) è al tempo stesso comproprietario delle cose a cui la gestione nel comune interesse si riferisce. Naturale quindi che non possa l'un socio o comunista lagnarsi se il suo cointeressato impiega quella diligenza inferiore all'ordinaria ch'egli è solito ad usare nelle cose sue proprie (1). Ecco dunque spiegato perchè in questi due rapporti alla *diligentia quam suis* si abbia riguardo come a mitigante di responsabilità. — D'altra parte invece la protezione dovuta alle persone soggette a tutela, istituto in cui è direttissimamente interessato l'ordine pubblico, e la costante sollecitudine, pur da ragioni di pubblico interesse determinata, in favor delle doti (*reipublicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint*, l. 2 D. *de iure dot.* 23, 3 di PAOLO), spiegherebbero come quivi il concetto della *diligentia quam suis* fosse

---

tutela e alla dote rivelano già a primo aspetto a chi li legga senza preconcetti. E la avvalora la famosa l. 23 *D.* de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO: « Contractus quidam dolum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam..., dolum et culpam « mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, *item dotis « datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam. Societas et rerum « communio et dolum et culpam recipit* ». Non isfuggirà che in questo passo sono separatamente abbinati i casi della società e della comunione, che, data la tesi da noi combattuta, dovrebbero trovarsi riuniti ai tre casi che precedono; e questi ultimi d'altro canto stanno legati assieme da un *item*, che mi persuade valere per tutte e tre le ipotesi (*dotis datio, tutela, negotia gesta*) l'IN HIS *quidem* ET *diligentiam* che segue. Taccio di altre interpretazioni del *praestare diligentiam* accanto alla menzione della colpa, sulle quali può vedersi SERTORIO, *op. cit.*, pag. 82 e segg., il quale a sua volta ne dà una che molto si accosta a quella del WENING-INGENHEIM.

(1) Non si fa così che estendere ad entrambi i casi la motivazione che si trova data per la comunione nella citata l. 25, § 16 *D.* fam. ercisc. 10, 2 « non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens paterfamilias, *quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi* ».

assunto invece dal punto di vista di un aggravio di responsabitità. Fosse assunto cioè a significare che il marito e il tutore rispondono, come regola, della colpa lieve, ma che, *se per avventura* siano nelle cose proprie più diligenti del normale, questa maggior diligenza debbono pur usare, il primo nell'amministrazione delle cose dotali, il secondo nella gestione pupillare senza di che tradirebbero la fede in essi riposta, giusta il concetto che vedremo tosto enunciato nella l. 32 *D.* depos. vel contra 17, 1 di CELSO.

Se si accettino tali conclusioni (nè mi si negherà che il punto è per lo meno opinabile), la questione circa il modo di interpretare questo concetto di *diligentia quam suis* nel rapporto speciale del deposito, diverso dai quattro sin qui esaminati, rimane assolutamente impregiudicata, nè varrebbe il ricorso a quei quattro casi presi in blocco, pretendendo di trarne un concetto romano *unico* di diligenza attenuata, per tacciare poi di ribelle alla tradizione romana ed al principio della continuità storica chi tale concetto abbandoni nell'odierno Diritto.

Senonchè il SIMONCELLI ci fa d'altro lato osservare che il Diritto romano mostrò già il suo intendimento di trattare più benignamente il depositario col chiamarlo a rispondere soltanto del dolo e della colpa lata, e che quindi la interpretazione da noi sostenuta nel Diritto odierno va contro alla storia della legge.

Ma non si può, io rispondo, nel caso concreto passare sopra a piè pari alla l. 32 D. depos. vel contra 16,3 di CELSO, così concepita:

« Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Pro- « culo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis « non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens « est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestet, « fraude non caret; *nec eim salva fide minorem iis quam suis « rebus diligentiam praestabit* ». Sarebbe stato necessario dal punto di vista romanistico scalzare, come pur si tenta da più parti fra pandettisti, il valore di questo famosissimo passo.

È poi proprio questa legge che ha condotto a stabilire il principio che nella legislazione francese, nella nostra e in al-

tre sulla francese foggiate, disciplina la diligenza del depositario, è lo comprova, per tacer d'altro, il fatto che la predetta legge trovasi addotta come il caposaldo in questa materia nel trattato sul deposito del POHTIER, che servì, come ognun sa, di modello e di guida ai compilatori del Codice Napoleone (1). Ora quel testo romano, sebbene in verità presenti l'ipotesi di persona meno diligente di un buon padre di famiglia, racchiude tale una motivazione da sorreggere perfettamente il nostro assunto. Vi si vuol spiegare quando il depositario cada nella colpa lata, che al dolo si agguaglia (*culpa lata proxima dolo est — dolo aequiparatur*) e si dichiara verificarsi ciò tutte le volte ch'egli non impieghi nella custodia delle cose affidategli quel preciso grado di diligenza che adopera nel custodire le sue; e ciò perchè l'agire altrimenti sarebbe sempre un tradire la fede in lui riposta dal deponente (*non salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit*). Se anche dunque io volessi concedere ciò che dianzi ho messo in dubbio, che cioè dalle leggi riflettenti i quattro casi della società, della comunione, della tutela e della dote emergesse in Diritto romano un concetto unico di *culpa quam in suis* quale sottospecie ed attenuante della colpa lieve, starebbe sempre che sotto ben altri riflessi e per ben diverso intento, cioè per precisare il contenuto della *culpa lata in subiecta materia* si trova fatto ricorso alla *diligentia quam suis* nel testo relativo al deposito (2). Essendo qui la questione tutta sul terreno subbiettivo perchè riflettente un modo di agire equiparato al dolo, si viene a concludere che il depositario *fraude non caret* sempre che avvenga che usi cure maggiori per le cose proprie che per quelle ricevute in deposito, rivelando già una simile condotta la coscienza da parte sua di esporre le cose altrui ad un pericolo da cui sa e vuole preservare le proprie (3).

---

(1) Cit. *Traité du contrat de dépôt*, n. 27, pag. 88-89.

(2) Cfr. HESSE, *Zur Lehre von dolus und culpa* in *Archiv fur die civil. Praxis*, Vol. LXI (1878) (pag. 203-276), § 7. pag. 224-225.

(3) Cfr. HESSE, *loc. cit.*

Si ha qui precisamente quella *culpa lata* che lo Zasio chiama opportunemente *culpa lata versutiae* in contrapposto alla *culpa lata ignaviae*, che ne sarebbe il concetto comune (« non intelligere id quod omnes intelligunt ») (1); ed ecco pertanto come si presenti fallace l'argomento addotto dagli avversarî che il depositario fosse in Diritto romano trattato benignamente, sì da non doversi *mai* richiedere per parte di lui la diligenza normale del buon padre di famiglia *per ciò* che la sua responsabilità è dichiarato arrestarsi alla *culpa lata*. Bisognava infatti indagare prima il senso speciale in cui questa *culpa lata* era intesa nella subbietta materia.

Quindi, se non in via generale, in materia almeno di deposito pare plausibile l'assunto del Wening-Ingenheim, che si debba per Diritto romano risolvere affermativamente la questione se anche il *diligentissimus partefamilias* incorra in colpa lata tosto che tralasci di essere tale rispetto alle cose altrui (2). Il criterio direttivo infatti ha da essere sempre quello: subito che cioè il depositario, in luogo di confondere in un'unica sfera, agli effetti della vigilanza, le cose proprie e le altrui, ne fa due sfere separate e distinte applicandovi due pesi e due misure, la sua condotta diventa irregolare e sospetta e dà giusto motivo di lagno al deponente, che può dire d'essere ricorso a lui, anzichè ad altri, appunto perchè ne conosceva la particolare oculatezza, e sovr'essa aveva avuta ragione di fare sicuro assegnamento (3).

Nel che sta altresì la principale risposta alle osservazioni del Perozzi, il quale ravvisa nella diligenza del b. p. f. una diligenza idealmente perfetta, al di là della quale non è mai ammissibile preten-

---

(1) *Op.* e *loc. cit.*

(2) *Op. cit.*, § 79, pag. 169.

(3) È poi questione fra romanisti se la *culpa in concreto* fosse già sempre per se stessa una *culpa lata* o se diventasse tale solo in quanto il debitore posponesse deliberatamente la cura delle cose altrui alla cura delle cose sue proprie. A me basterà ricordare due dei maggiori, e per di più specialisti nel tema della colpa, cioè il Hasse per la prima soluzione (*Op. cit.*, Cap. V-VII, pag. 126 e segg. *passim*) e Federico Mommsen per l'altra (cit. *Beiträge*, III (Braunschweig, Schwetschke 1855), *Beitr. zur Lehre v. d. Culpa*, pag. 377 e segg.). — Ma se anche il Mommsen in tesi generale avesse ragione, dovrebbe ammettere pur sempre un'eccezione almeno in materia di deposito, atteso il modo esplicito onde si esprime la famosa l. 32 D. dep. 16. 3 di Celso, della quale egli stesso non disconosce la gravità e che con uno sforzo troppo evidente cerca di piegare alla sua tesi.

dere che il debitore si spinga, per ciò che al di là di essa non è più il caso di parlare di diligenza, ma di meticolosità, di sospetto, di stranezza e simili (1). Queste, tutt'al più potrebbero essere buone ragioni *de lege ferenda* per consigliare un futuro legislatore ad abbandonare il criterio della *diligentia quam suis* per il deposito, sottoponendolo alla regola generale. Ma inoltre è da osservare in contrario che, se il concetto di b. p. f. è dato da una media statistica, cioè significa uomo medio (v. *supra*, n. 106), il sorpassare codesta media non significa per nulla spingersi sino alla concezione di persona meticolosa e per eccesso di cautele e di sospetti singolarmente strana. Quanto poi alla l. 32 D. depos. vel contra 16, 3 di CELSO, tanto favorevole alla mia tesi, il PEROZZI dice che sarebbe una gran bella cosa se ci decidessimo a lasciar da parte questo testo, che contraddice per il concetto di *culpa lata* e per la responsabilità del depositario a tutte le altre fonti ed esprime quindi un'opinione personale di quell'ingegno originale, superbo e amante di novità che fu CELSO (2) Tuttociò sarà benissimo (dacchè lo afferma un così valoroso romanista) per chi studi la cosa in Diritto romano puro. Ma noi invece dobbiamo prendere quale strumento di interpretazione del Diritto civile vigente le teoriche aventi corso come Diritto comune allora quando i Codici furono compilati, nè possiamo quindi repudiare quel passo di CELSO, dal momento che su di esso principalmente vedemmo fondarsi il POTHIER. — Mi guarderò bene invece, trattandosi di genuino Diritto romano, dal polemizzare con uno specialista della forza del PEROZZI inquanto egli combatte il mio assunto che i passi dianzi citati relativi alla tutela ed alla responsabilità del marito rispetto alle cose dotali accennino, se mai, ad aggravamento, anzichè ad attenuazione della colpa lieve. Solo mi permetterò di dire che non tutte le sue osservazioni in proposito (3) mi paiono di ugual peso, onde io non ho saputo decidermi ad abbandonare del tutto il predetto assunto espresso nella ricorda mia memoria sulla *culpa in concreto*, ma mi sono limitato ad esprimerlo nel presente volume in forma meno recisa, presentandolo più che altro come un dubbio. Così per quanto riguarda la responsabilità del marito circa le cose dotali, convengo col PEROZZI che ha gran peso a favore della sua tesi la l. 24 § 5 D. sol. matr. 24. 3 di UL-

(1) PEROZZI, *loc. cit.*, pag. 478-479.

(2) PEROZZI, *loc. cit.*, pag. 481.

(3) In buona parte ora ripetute dal SERTORIO, *op. cit.*, pag. 94 e segg.

PIANO, ma d'altra parte egli non distrugge punto l'argomento che a favore della mia ho tratto dalla l. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3 di PAOLO, dove, dicendosi che il marito presterà *tam dolum quam culpam*, ma che inoltre *diligentiam praestabit quam in suis rebus*, non si può, per evitare il crescendo da me descritto, interpretare col PEROZZI la parola *culpa* come come colpa lata, sia perchè il significato normale della parola *culpa* usata a fianco al dolo (lo notava già il DONELLO (1)) è quello di colpa lieve, sia perchè nel caso concreto tale significato risulta avvalorato dalla motivazione che immediatamente sussegue, dover cioè il marito prestare anche la colpa « *quia causa sua dotem accipit* ». Ripetasi altrettanto per la progressione segnata nella l. 1 pr. D. de tut. et ration. distrah. 27. 3 di ULPIANO, dove pure il PEROZZI ricorre alla scappatoia di prendere la parola *culpa* nel senso di colpa lata, e con ciò si dilunga da eminenti romanisti, i quali di fronte a quel testo sono costretti ad ammettere che in sè e per sè il tutore risponda anche della colpa lieve, e per salvare l'idea che la *diligentia quam in suis rebus* si tenga di mira a scopo di attenuazione, ricorrono invece a ben altro espediente (che qui non è il caso di giudicare), cioè ritengono che, provata la *levis culpa*, il tutore possa a suo scarico fornire la controprova di aver tuttavia adibita la diligenza a lui abituale nelle faccende sue proprie (2).

Finalmente osservo che se anche la tesi nostra fosse insostenibile secondo il genuino Diritto romano, la suffragherebbe la successiva elaborazione del Diritto stesso, cioè a dire il modo onde i principî romani si trovavano intesi ed applicati nel Diritto comune anteriormente alla codificazione (3). Ricordisi ciò che dissi dianzi sulla invocazione della legge di Celso per parte del POTHIER: era poi *communis opinio* (attestata,

---

(1) DONELLO, *cit. Comment. de iure civ.*, Lib. XVI, cap. 7, n. 12 (Vol. IV col. 705-706).

(2) Così p. es. il WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 438, nota 5, pag. 595 (7. ediz.). Riferito il citato passo, egli scrive: « Der Vormund haftet *also* an und für sich auch wegen *levis culpa*, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien » e rimanda al § 265, Ziff. 6, ove questo concetto di controprova è meglio precisato.

(3) E qui ora ci assiste, con ampio svolgimento al quale rinvio, il SERTORIO, *op. cit.*, pag. 229 e segg.

per dire solo di uno dei maggiori, dal PACIO nel suo trattato sul *deposito*) che non della colpa lieve soltanto, ma della *lievissima* dovesse rispondere il depositario quando o si fosse offerto egli medesimo a ricevere il deposito, ovvero questo seguisse nell'esclusivo interesse di lui (1). Orbene, abbiamo qui precisamente due dei quattro casi contemplati nel nostro Articolo 1844, e pertanto (a parte il giudizio sulla esistenza di una *culpa levissima* come tipo a sè di colpa) resta pur sempre accertata una tradizione storica, contro la quale è proprio il SIMONCELLI che viene a porsi col presentare la responsabilità per colpa lieve siccome il *maximum* a cui si può giungere nell'applicare il predetto Art. 1844.

Noto di passaggio che della predetta *communis opinio* troviamo pure il riflesso, per uno di quei casi, nel *Codice di Guatemala*, che sappiamo aver conservata la vecchia tripartizione delle colpe, leggendovisi all'Articolo 1961 quanto segue: « Se imputará la culpa levísima al depositario. . . . cuando se hubiese hecho el depósito principalmente por utilidad del que lo recibió. »(2)

---

(1) Cfr. JUL. PACII A BERIGA, *De contractibus* (Lugduni, in bibliop. Vincentii 1616) *Tractatus IV*, *De deposito*, Cap. XII, n. 80, col. 107-108.

(2) Inconferente al fine della mia dimostrazione è l'indagare se e fino a qual punto siano interpolati i passi dei Digesti relativi alla *culpa in concreto* e quello famoso di CELSO sul deposito. Anche se si dovesse concludere che la *culpa in concreto*, ignota al Diritto classico, è creazione del Diritto giustinianeo (contro la quale tesi oggi tanto diffusa si pone il SERTORIO, *op. cit.*, pag. 186-199), il nostro discorso diretto a smontare la tradizione *storica* invocata *ex adverso* rimonterebbe già ad un numero di secoli più che rispettabile. Ed è degno di nota come lo stesso SERTORIO che mi combatte nella interpretazione dei due passi dei Digesti relativi al marito e al tutore, ravvisa poi nel Codice giustiniano e nelle Novelle, proprio in due testi che del marito amministratore di beni parafernali e del tutore si occupano, il ponte di passaggio alla concezione della *culpa in concreto* che fu propria del Diritto comune e ch'egli conviene meco essere passata di là nel Codice francese e nel nostro. Alludo alla l. 11 Cod. de pactis conventis 5. 14 e al cap. 8 della Nov. 72. SERTORIO, *op. cit.*, pag. 205-212. Chi amasse approfondire la ricerca romanistica, specialmente per rendersi conto delle supposte numerose interpolazioni, consulterà, oltre agli scritti da me sin qui ricordati, fra i nostri . FERRINI, *Man. di Pandette* (Milano, Soc. ed. lib. 1900), pag. 578-579 e pag. 947, BONFANTE, cit. *Istit. di Dir. rom.* (5ª ed.), pag. 96, 98, 197. 215, 462, 485, 623,

Ad 3°) Vengo all'ultimo argomento desunto dal tema del sequestro giudiziario. Esso è presentato così ingegnosamente da apparire a primo aspetto invincibile. Il sequestro giudiziario è un deposito retribuito, proprio uno di quei casi adunque in cui l'Art. 1844 esige che il depositario sia trattato con maggior rigore. Orbene, che questo maggior rigore consista nel far ritorno al tipo normale per tutte le obbligazioni, e non più, ve lo dimostra, ci si dice, l'Art. 1876, in quanto dichiara appunto che il sequestratario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Segno dunque che, quando non ricorre nessuno dei casi di maggior rigore, la regola pel deposito è che si stia al di sotto di questo tipo normale, del quale, in altri termini, la *diligentia quam suis* incombente al depositario costituirà un'attenuazione.

Un primo errore logico di siffatto ragionamento consiste nell'asserire *sic et simpliciter* che il sequestratario, il quale è un depositario retribuito, viene trattato a quel modo appunto *perchè retribuito*, mentre invece bisognava fornire la dimostrazione di questo preteso nesso causale ed escludere che altri

---

SCIALOJA, cit. *Lezioni di Dir. rom.*, pag, 345-351 e 392-399, LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il Diritto romano* in 2 volumi (il 1° Modena, Soliani 1902, il 2° Parma, Adorni-Ugolotti 1903) specialmente vol. II, DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in Diritto rom.* in *Bullett. dell'Istit. di Dir. rom.* XVI (1905) pag. 5 e segg., ma particolarmente pag. 27-30, ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi* in *Arch. giurid.* LXXXIII (1909) pag. 269-313, ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell' « actio depositi » derivanti da patto* in *Bullett. dell'Ist. di Dir. rom.*, XXV (1912) pag. 15-42: e fra gli stranieri particolarmente: PERNICE, cit. *Labeo* II, Abth. II (2e Aufl.), pag. 202-221 e *passim*, MUTZENBECHER, *Beiträge zur Lehre v. der culpa in concreto* (Berlin 1896) cit. dal DE RUGGIERO, cit. *Istit. di Dir. civile* II, pag. 186, nota 1, KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen röm. Recht*, in *Festgabe de Berl. jurist. Fakultät für Otto Gierke*, II Bd. (Breslau, Marcus 1910) pag. 237-275. Adde GLÜCK, *Pandette* nella traduzione italiana (Milano, Soc, ed.) II § 322, pag. 742, X, § 735, pag. 146 (note LONGO-PEROZZI), XVI, §§ 941-942, pag. 315 e segg. (note PREDA), XXX, § 1526 d, pag. 203 e segg. (note FERRINI).

motivi all'infuori di quello abbiano ispirata la disposizione della legge. E badisi che su ciò correva obbligo doppiamente di soffermarsi, dacchè la stessa pregiudiziale, che cioè il sequestratario sia necessariamente un depositario salariato, trovasi contraddetta da valorosi proceduristi, come il RICCI (1), e da una sentenza del 15 giugno 1877 della Cassazione di Roma, la quale decise dovere il sequestratario esercitare gratuitamente il suo ufficio quando non sia stata espressamente convenuta una marcede per lui al momento della *« istallazione della custodia »* (2). Vi ha di più. Anche nel caso del custode degli oggetti pignorati, che lo stesso SIMONCELLI riconosce identico a quello del sequestratario giudiziale, l'Art. 603 del Codice di procedura civile dice che la cura da prestarsi è quella di un diligente padre di famiglia, eppure soggiunge che il custode « non ha diritto di conseguire salario se non sia stato concordato fra le parti, o, in caso di contestazione, stabilito dal « pretore ». So benissimo che vi ha nella dottrina e nella giurisprudenza una corrente assai notevole a favore di un incondizionato diritto a salario pel custode di oggetti pignorati ad onta del citato esplicito disposto del Codice processuale (3). Ma ad ogni modo, per piantare sul solido la sua argomentazione, avrebbe dovuto anzitutto il SIMONCELLI discutere questi punti e dimostrare che, a suo avviso, nel sequestro giudiziario e nella custodia di oggetti pignorati si tratta *sempre* di un deposito retribuito.

Il vero si è che non dev'essere stato il motivo puramente eventuale della retribuzione quello che indusse a ragguagliare la responsabilità del sequestratario e del custode sul tipo del diligente padre di famiglia. O quanto meno non dev'essere stato

---

(1) *Commento al Codice di procedura civile italiano*, Vol. III (6ª edizione, Firenze, Cammelli 1890), n. 563, pag. 597-598.

(2) Cit. dal RICCI, *ibid.*

(3) Cfr. MATTIROLO, *Trattato di Diritto giudiziario civile italiano*, Vol. V, (4ª ediz., Torino, Bocca 1897) numeri 773 e segg., pag. 582 e segg., MORTARA, *Comment. del Codice e delle leggi di proc. civile* (Milano, Vallardi), vol. V, n. 10 pag. 231 e gli autori e sentenze citati pro e contra dai due eminenti proceduristi.

il motivo prevalente, il quale deve riporsi piuttosto nella circostanza che trattasi qui di un deposito fatto non volontariamente, ma per ordine dell'autorità giudiziaria: dal che consegue altresì che il proprietario delle cose depositate, cioè il debitore che soffre l'esecuzione, non è egli che nomina il custode, il quale viene scelto dall'usciere (Art. 599 Cod. proc. civ). e parimenti, se si tratta di sequestro giudiziario, la persona a carico della quale esso viene ordinato non ha libera facoltà di scegliere a sequestratario chi più le aggrada, ma deve o accordarsi in proposito col sequestrante, o rimettersi alla scelta fatta d'ufficio dall'autorità giudiziaria (Art. 1877 Cod. civ.). Diventava giusto pertanto, attesa la coazione del deposito e la non libera elezione della persona cui affidarlo, guarentire almeno sempre gli interessati sulla bontà della custodia, e ciò adottando la misura fissa e normale della diligenza del buon padre di famiglia, anzichè quella oscillante della *diligentia quam suis* (1). Se Tizio dà spontaneamente la sua cosa in deposito a Caio, individuo di una diligenza inferiore alla normale, si potrà dire *imputet sibi* i danni che viene a risentire per questa abituale trascuratezza del depositario. Ma se invece il deposito gli è imposto e gli è pure imposta la persona del depositario Caio, quel discorso non regge più e diventa opportuna l'adozione di un criterio costante e conforme all'ordine normale della diligenza dovuta in genere dai debitori nell'adempimento delle loro obbligazioni.

E qui potrei arrestarmi. Ma io voglio invece essere generoso e concedere all'egregio avversario tutto quanto egli senza dimostrazione asserisce. Ammettiamo dunque che e nel sequestro giudiziario e nella custodia di mobili pignorati si abbia sempre e necessariamente un deposito rimunerato, concediamo pure che in questa rimunerazione risieda il motivo unico per cui dal sequestratario o custode richiedesi la diligenza di un buon padre di famiglia. Non per questo è fondata

---

(1) Cfr. MANFREDINI, *Dell'esecuzione forzata* (Bologna, Zanichelli 1892), n. 113, pag. 301.

la illazione che si vuol trarre dal caso di deposito salariato agli altri contemplati nell'Art. 1844. Invece quella che ne risulta avvalorata è la grave censura che merita il legislatore per avere nell'Art. 1844 n. 2 considerato come contratto di deposito anche il caso in cui per la custodia è stipulata una rimunerazione (v. s., n. 107, pag. 414). Postochè sotto l'errata denominazione di deposito non troviamo in questo caso che una vera e propria locazion di opera, è naturale vi si debbano applicare, anche nei riguardi della diligenza incombente al debitore, le norme della locazione stessa, la quale è sottoposta in ciò alla regola generale dell'Art. 1224. E però quando la legge in tema di sequestro giudiziario domanda la diligenza di un buon padre di famiglia, noi non dovremo fare di ciò il punto di leva per la teoria della colpa in materia di deposito, ma riconosceremo, tutto all'opposto, che quivi il legislatore ha reso inconsciamente omaggio a quei sani principî circa la essenza dei negozî giuridici, dei quali può ben ripetersi, come della natura, «... *expelles furca tamen usque recurret*». In altre parole, nell'Art. 1876 noi dobbiamo ravvisare applicato giustamente il principio che quadra con la qualità di locazione d'opera propria di questo pseudo-deposito, e ciò dovrà avvalorare la conclusione che il n. 2 dell'Art. 1844 debba considerarsi come non scritto e non già far assorgere da quel caso agli altri in cui veramente di deposito si tratta.

Oltre a tutto vuol vedere il SIMONCELLI in qual assurdo si cadrebbe con l'estendere, com'egli sostiene, al deposito in genere quanto vale per il sequestro giudiziario e quindi per il n. 2 dell'Art. 1844? Si cadrebbe nell'assurdo che dunque di sola colpa lieve e non mai di più si risponda anche nel n. 4 dell'articolo stesso, che pur fa l'ipotesi di una espressa e indubbiamente valida convenzione con la quale il depositario si è obbligato *per qualunque colpa*.

Detto però tutto questo in difesa della più naturale interpretazione della legge vigente, non posso chiudere senza osservare ch'essa presenta pure i suoi inconvenienti; ond'è ad augurarsi che, in una revisione del Codice, questa parte venga

riformata con una larghezza di vedute che ci allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarci un po' meglio alla realtà della vita. Questo dover ricercare nel caso speciale del contratto di deposito come il debitore suol comportarsi riguardo alle cose sue, abbandonando il criterio generico e astratto della condotta dell'uomo medio (buon padre di famiglia), porta seco la necessità di indiscrete e non sempre facili investigazioni. E la difficoltà pratica aumenta quando per di più vagamente si enuncia che in taluni casi debba siffatta norma applicarsi con maggior rigore. (Bisogna infatti a tal riguardo confessare che e l'una e l'altra delle due opposte interpretazioni possono condurre a risultanze poco plausibili. Alla nostra può obbiettarsi: ma che cosa e perchè esigere di più nei casi dell'Art 1844 se già nelle cose proprie il depositario sia per avventura di una diligenza squisita, ben superiore alla media? Ma d'altra parte la tesi avversaria, o per dare applicabilità all'Art. 1844 deve cadere nell'assurdo che qualche cosa di meno della diligenza di un b. p. f. sia *sempre* da esigere giusta il precedente Art. 1843 *anche se* nelle cose sue proprie il depositario si comporti come b. p. f., ovvero deve in tal caso, per ubbidire all'Art. 1843, considerare come non scritto tutto l'articolo successivo).

Il principio generale della diligenza di un buon padre di famiglia, con l'annessa facoltà data al giudice di applicarlo nei varî casi divisati dalla legge più o meno largamente, dovrebbe dunque bastare per il deposito come basta per tutti gli altri contratti fra cui troviamo pure il mandato tanto e tanto affine al deposito (1). Gli esempi in questo senso non mancano. Ho già ricordato a suo luogo legislazioni le quali disciplinarono in genere la colpa contrattuale con pochi ed assai lati principî, siccome l'indole di tal materia comporta. Aggiungo ora che i primi redattori del *Progetto di Codice civile germanico* si erano saggiamente astenuti dal dettare una norma speciale per la diligenza nel deposito, intendendo (e lo dichiararono espres-

---

(1) Cfr. Art. 1746, che è semplicemente uno dei casi contemplati nel generico disposto dell'Art. 1224 capov.

samente nei *Motivi* (1)) ch'esso avesse a soggiacere ai principî comuni, stabiliti con la massima semplicità per tutti i contratti. Ond'è a lamentare, a mio avviso, che la Commissione incaricata della seconda lettura del Progetto, per esagerato spirito di conservazione, abbia ripristinati i vecchi principî, richiamando pel deposito il tipo speciale della *culpa in concreto* (2), ciò che fu pure ammesso nella definitiva redazione di quel Codice (3). Io credo infatti fermamente che si giovi e alla scienza e alla pratica del Diritto civile col togliere l'adito il più possibile a quelle sottigliezze casistiche, le quali trovano particolarmente in questa materia della colpa contrattuale un terreno per secolare preparazione fecondo e che finiscono col creare al giudice le maggiori pastoie proprio là ove dovrebbe più liberamente spaziare il suo prudente illuminato criterio (4).

108. C) Casi in cui la regola va applicata con maggiore o minor rigore. Vedemmo che, posta come regola la diligenza del b. p. f., l'Art. 1224 si chiude dicendo doversi *per altro* questa regola applicare con maggiore o minor rigore secondo le norme contenute per certi casi nel Codice. Ecco un'altra disposizione che fu sorgente di discussioni e di malintesi, non essendo mancato persino chi volle far rientrare per questa porta la vecchia tripartizione delle colpe, e d'altro

---

(1) *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich*, Bd. II (Berlin, Guttentag 1888), pag. 571 e segg.

(2) § 630 « Ist die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der « Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angele- « genheiten anzuwenden pflegt ».

(3) § 690 uguale al § 630 del 2° Progetto. In molti altri casi la figura della *culpa in concreto* fu adottata dal legislatore germanico del 1896 e cioè in tema di società (§ 708), di obbligazioni fra coniugi derivanti dal rapporto matrimoniale (§ 1359), di esercizio della patria potestà (§ 1664), dell'amministrazione ereditaria del fiduciario in confronto all'erede fedecommissario (§ 2131). Comune poi a tutti questi casi è la norma del § 277, per cui la rispondenza per colpa in concreto non si spinge mai fino alla irresponsabilità per colpa grave.

(4) Contra Sertorio, *Op. cit.*, pag. 263 e segg., che fa voti perchè a maggior numero di casi si estenda presso di noi, come è nel Diritto germanico, la rispondenza per *culpa in concreto*.

canto chi nei casi ove il Codice parla di minor rigore vide fatta invocazione al tipo della *culpa in concreto* (1). Contro questi ultimi valgano le osservazioni fatte nel numero precedente trattando del deposito, contro i primi basta notare l'assurdità in cui si cade con l'ammettere che il legislatore abbia nel medesimo articolo creato e subito dopo distrutto il suo edificio in riguardo alla colpa. Non facciamo violenza al testo. La regola è che il debitore risponda di una condotta incompatibile con la diligenza propria di un b. p. f.: solo è dato in taluni casi al giudice di essere più o meno esigente nel valutare siffatta diligenza, e il legislatore ha disciplinati qua e là tali casi uniformandosi a sua volta alle esigenze normali della vita, che variano di necessità secondo la varia natura dei negozî giuridici. Il che punto non significa che dunque nei casi di maggior rigore si debba adottare senz'altro il criterio della cosidetta *culpa levissima,* nè che si scenda addirittura, nei casi di minor rigore, sino alla responsabilità per la sola colpa lata o grave.

Limitarsi alla colpa grave non si potrà fuor di quei casi in cui ciò sia stato espressamente dichiarato dal legislatore (2). Tale sarebbe il caso dell'erede beneficiario, in virtù dell'Art. 970, che suona: « L'erede con benefizio d'inventario non è obbligato che per le colpe gravi commesse nell'amministrazione di cui è incaricato »; questo perchè infine egli è proprietario delle cose ereditarie, per quanto ne tenga l'amministrazione anche nell'interesse d'altri, cioè dei creditori dell'eredità e dei legatarî, i quali, per l'evitata confusione dei due patrimonî conseguente all'accettazione beneficiaria, non possono ottenere il soddisfacimento dei loro diritti altro che sui beni lasciati dal defunto, e non sui rimanenti beni dell'erede. Come proprietario di nulla e a nessuno dovrebbe rispondere, come amministratore (se ei

---

(1) Veggasi l'esposizione critica di queste ed altre teorie in CHIRONI, *Op. cit.*, n. 29 e segg., pag. 77 e segg. e in GIORGI, *Op. cit.*, vol. II, n. 22 e segg., pag. 40 e segg. (7ª ediz.).

(2) Cfr., CHIRONI *Op. cit.*, n. 107, pag. 259-261.

non fosse che tale) dovrebbe rispondere di colpa lieve; ebbene, le due qualità combinandosi in lui, si è adottata altresì una combinazione, un temperamento quanto alla colpa, combinazione o temperamento rappresentato dalla colpa grave (1). Non aderisco dunque a chi nega alludere il citato Art. 970 alla vera e propria colpa lata, fra altro perchè vi si parla di *colpe gravi* al plurale, e ci ravvisa semplicemente uno dei tanti casi di mitigazione genericamente indicati dal capoverso dell'Art. 1224, senza che il giudice abbia poi l'obbligo di arrestarsi alla *culpa lata* (2). L'argomento letterale predetto mi pare assai debole, e potentissimo invece, a sostegno della tesi che di vera colpa grave si tratti nell'Art. 970, il raffronto con l'Art. 2020, relativo agli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore, dichiarato responsabile dei danni recati all'immobile ipotecato solo se derivanti da colpa grave. Anche qui perchè ci troviamo di fronte a persona che in fondo ha la proprietà di quella tal cosa: ora l'identità del motivo mi sembra debba condurre nei due casi a pure identiche risultanze.

A proposito del modo di intendere il capoverso dell'Art. 1224 e in generale ogni disposizione di legge che autorizzi ad applicare un qualsiasi tipo di diligenza *con maggiore o con minor rigore*, non credo di poter trascurare ciò che nel citato lavoro intorno alla colpa in concreto ha scritto il Perozzi (3). Riferisco le sue parole: « Erra a mio avviso chiunque, e si può dire sono quanti scrissero in materia di colpa secondo il nostro codice, ritiene che col maggiore o minor rigore, il nostro codice venga ad esigere o una diligenza mag-

---

(1) Al Sertorio, *Op. cit.*, pag. 289 testo e nota 2, sarebbe parso preferibile il sancire per le predette ragioni la responsabilità per *culpa in concreto*.

(2) Così p. es. il Cogliolo in una recensione sulla *Colpa contrattuale* del Chironi, inserita in *Archivio giuridico*, XXXIII, pag. 647. Taccio poi dei molti che anche qui tirano in campo la *culpa in concreto*, alla quale come a mitigazione della colpa lieve, credono voglia riferirsi l'Art. 970 del Codice nostro, e il corrispondente Art. 804 del francese. Oltre all'arbitraria interpretazione che in ciò si contiene delle parole colpe gravi (*fautes graves*) riappare qui la misintelligenza del concetto di *culpa in concreto* a lungo oppugnata quanto al deposito Cfr. pure Chironi, *Op. cit.*, n. 117, pag. 278-280.

(3) Perozzi, *loc. cit.*, pag. 477-478.

giore o una diligenza minore di quella posta come regola o peggio una diligenza diversa. Se così fosse, ciò significherebbe che il legislatore si divertì a scrivere due articoli (1224, 1843) per abrogarli subito parzialmente, rispettivamente coll'alinea del primo e coll'art. 1844, usando termini tali da creare un controsenso. Egli darebbe un ordine; poi direbbe: nell'applicare quest'ordine in certi casi permetto al giudice di non applicarlo, esigendo meno o più o altro di ciò che l'ordine da applicare impone!! Questo è assurdo. Un tale assurdo si elimina in un modo solo, ammettendo cioè che il legislatore abbia giustamente distinto tra la misura di diligenza da prestare e gli atti in cui la diligenza si manifesta. La diligenza non è un atto, nè una serie di atti, ma, dirò col Brinz (*Pand.*, II, pag. 263), « una certa misura di energia corporale o spirituale in un'azione od ommissione ». Il codice imponendo una diligenza di un certo grado, non impone certo la semplice qualità spirituale, l'energia intima; impone che la condotta manifesti codesta energia, e ora vuol che manifesti in codesto senso la diligenza di un b. p. f., ora la diligenza *quam in suis*. Il codice parlando di applicazione più o meno rigorosa della disposizione che impone questa misura, non ritira, non modifica la misura stessa. Il giudice non può mai assolvere il convenuto in base all'Art. 1224 al. se non fu diligente come un b. p. f., nè può mai condannarlo, se non superò questa misura... Ciò che il codice permette, parlando di un'applicazione più o meno rigorosa della disposizione che impone la misura astratta o concreta, è che, ferma restando sempre la misura richiesta, il giudice sia più o meno rigoroso nello stimare gli atti di diligenza compiuti dal debitore. A seconda dei rapporti in questione esso ammette che il giudice deva nell'un caso ritenere che la condotta manifesta la diligenza di un b. p. f. o rispettivamente la diligenza *quam in suis*, nell'altro trovare che la stessa condotta non manifesta l'una o l'altra. Nel far ciò esso parte, non a torto, dall'idea che a seconda dei rapporti una stessa condotta possa rivelare tensioni di spirito disuguali, e viceversa condotte diverse manifestare tensioni di spirito uguali; e invita per questo il giudice ad esigere ora più ora meno nella condotta, per pronunciare lo stesso giudizio, cioè che la diligenza richiesta esiste. A questo modo la disposizione sul « maggior rigore » o sul « minor rigore » diventa una disposizione armonica colla disposizione generale. Anzichè quella contraddica a questa, il legislatore con quella non fa che dare un ordine perchè questa sia più perfettamente applicata». Fin qui l'esimio Perozzi.

Comincio dall'osservare che non si intende bene la distinzione ch'egli vorrebbe istituire fra la misura di diligenza da prestare e gli atti in cui la diligenza si manifesta, dappoichè la diligenza, che è, gli consento, una qualità dello spirito, praticamente si valuta come la risultante ultima di un assieme di atti che la persona compie, o in altre parole gli atti stessi altro non sono che l'indice esteriore di un certo grado di diligenza. Laonde quando il legislatore dice: voglio la diligenza di un buon padre di famiglia, gli è proprio come se dicesse voglio quell'assieme di azioni (od omissioni) quale è caratteristico della condotta del b. p. f. E per ulteriore corollario, se il legislatore soggiunge: nel caso *a* per altro (badisi bene al *per altro*, che è testuale nel capov. dell'Art. 1224) la cosa si prenderà con maggior rigore, nel caso *b* con un rigor minore, significa che, pur essendo in presenza di atti rispondenti per se stessi a quel tipo di diligenza, il giudice nel caso *a* avrà diritto e dovere di esigere qualche cosa di più e viceversa nel caso *b* dovrà restar pago anche se l'assieme di quegli atti stia più o meno al di sotto del tipo anzidetto. Se il precetto del capov. dell'Art. 1224 (e ripetasi lo stesso per l'Art. 1844 in relazione al precedente) stesse ad indicare semplicemente che negli atti del debitore più o meno si esiga secondo la varietà dei casi e dei rapporti giuridici per poter dire ch'essi rappresentano il tipo del diligente p. f., quel capoverso sarebbe una superfluità, perchè era già insita nel posto concetto di b. p. f. l'idea che si debba, nel configurarselo, regolarsi volta per volta in modo diverso secondo le circostanze. Faccio mie a questo proposito (benchè dirette a sostenere altra tesi che non condivido) le seguenti parole dei signori Baudry-Lacantinerie e Barde: « Est-ce que l'idée que les juges se font d'un bon père de famille n'est pas essentiellement variable, relative, subordonnée à toutes les circonstances du fait? N'est-il pas évident qu'elle présente ces caractères dans tous les cas, c'est-à-dire quel que soit le contrat dont il s'agit, que l'on soit ou non dans une des exceptions annoncées à la fin de l'Art. 1137 [1224 del nostro Codice]? Le législateur aurait-il écrit une disposition pour attribuer aux juges une faculté qui leur appartient nécessairement? » (1) Inoltre non è chi non vegga quanto sarebbe stata infelice la redazione della legge se fosse quella l'idea che si voleva significare, perchè non si potrebbe dire allora che è la regola che si applica con maggior o minor rigore.

---

(1) Baudry-Lacantinerie e Barde. *Op. e vol. cit.*, n. 352, pag. 327.

ma bensì che si usa un maggior o minor rigore nella valutazione delle circostanze per decidere la questione, a dir così pregiudiziale, se cioè della regola stessa ricorrano o non ricorrano gli estremi.

Nè si dica come fa il Perozzi, che l'interpretazione nostra metterebbe il legislatore in contraddizione con se stesso, dacchè, appena dato un ordine sulla diligenza da esigere, avrebbe permesso al giudice di disapplicarlo in taluni casi. Intanto osservo che ciò non racchiuderebbe quell'enorme assurdo di cui il nostro egregio contraddittore si scandolezza, poichè il capov. dell'Art. 1224 in fondo non farebbe che preannunziare che esistono dei casi, tassativamente indicati qua e là dal Codice, nei quali dalla regola si decampa, e non so vedere come si distrugga una regola col semplice fatto di richiamarne tassative eccezioni. Ma inoltre la contraddizione non esiste anche per questo, che il legislatore per i casi cui allude nel citato capoverso non istituisce, come ho dianzi io stesso dimostrato, nuovi tipi obbiettivi ben definiti di diligenza e di colpa da surrogare alla diligenza del b. p. f. ed alla colpa lieve, come fa p. es. in riguardo al deposito col criterio della diligenza e relativa colpa *in concreto*, bensì tien fermo il tipo dato, e solo dichiara che il giudice dovrà starvi al di sopra o al di sotto (entro limiti non definiti, ma totalmente rimessi al suo prudente arbitrio) in taluni casi speciali contemplati dal Codice. Se è lecito un confronto, io direi che l'obbiezione del Perozzi è tanto infondata, quanto lo sarebbe il sostenere che il legislatore penale venga a distruggere le norme ch'egli stesso ha poste per qualificare il dolo speciale ad una data figura di reato, per ciò solo che in taluni casi permetta al giudice od anche gli imponga l'uso delle attenuanti, o in altre circostanze ravvisi delle aggravanti del reato medesimo.

Esaminiamo ora in breve quali sono realmente i casi nei quali il nostro Codice ha prescritto al giudice di essere o più mite o più severo nell'applicazione della regola generale contenuta nel primo comma dell'Art. 1224.

109. Casi di maggior mitezza. Ligi alle idee esposte, non recheremo qui come esempi il caso dell'erede beneficiario dove non si tratta di colpa lieve più benignamente considerata, ma addirittura di un altro tipo di colpa, cioè di colpa lata (v. s., n. 108, pag. 436) e tanto meno quello del deposito (1). Va ricordato invece l'Art. 1143, relativo alla *negotiorum*

(1) Entrambi questi casi sono invece ricordati fuor di proposito fra le «dis-

gestio. Premesso che il gestore è tenuto ad usare nella sua amministrazione tutte le cure di un b. p. f., si soggiunge: « L'autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'affare ». Di un'attenuazione di responsabilità pel *negotiorum gestor,* in vista ad esempio dei sentimenti di amicizia che lo indussero a curarsi degli affari altrui, fa parola pure la l. 3, § 9 D. de negot. gest. 3, 5 di ULPIANO, che arriva anzi sino a tenerlo responsabile solo di dolo, il che è conceder troppo: « Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si, affectione coactus ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem ». Sarebbe del pari ragionevole una moderazione di responsabilità a favor di chi si fosse indotto ad ingerirsi nelle cose d'altri per salvarle da imminente rovina, tanto più se ci aveva un interesse suo proprio, come se, assente il mio vicino, io provvedessi a puntellare la casa sua, poichè dal minacciante crollo di essa poteva soffrir danno anche la casa mia attigua.

Altro esempio ce l'offre il mandato. Il primo comma dell'Art. 1746 richiama puramente e semplicemente la regola col dire: « Il mandatario è responsabile non solamente pel dolo ma anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato ». Il capoverso contiene la mitigazione, e precisamente pel caso che il mandatario presti l'opera sua senza compenso. Vi si legge: Tale responsabilità riguardo alla colpa è applicata, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente che nel caso contrario ». Merita che si rilevi di passaggio la differenza

---

« posizioni eccezionali alle quali allude il capoverso dell'art. 1224 » dal GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 29, pag. 51-52 (7ª ediz.), il quale poi quanto all'Art. 1843 relativo al deposito è costretto a soggiungere che questa da lui qualificata benigna disposizione « si ritorce in danno del depositario, quando la diligenza, che abitualmente usa nelle cose proprie, sia superiore a quella del buon padre di famiglia ».

statuita nei riguardi della prestazione della colpa fra mandato e gestione, benchè si dica che la gestione è un quasi contratto foggiato sul contratto di mandato e l'Art. 1141 nelle parole finali accenni ad identificarli nelle obbligazioni che ne derivano pel gestore da un lato, pel mandatario dall'altro. Il gestore, benchè agisca gratuitamente, presta la colpa lieve in astratto salvo ci siano quelle particolari circostanze che dianzi accennavamo; il mandatario, se non retribuito, dev'essere trattato per ciò solo più mitemente. Ciò perchè il gestore si fa avanti da sè, non chiamato, a curare le cose d'altri, mentre il mandatario ne riceve per contratto l'incarico dall'interessato (1).

110. Casi di maggior rigore. Qui la cosa procede meno piana, dovendo noi dipartirci dall'opinione di autori pur valentissimi, che pongono in questo novero dei casi nei quali invece noi non ammettiamo ricorra una più grave, ma bensì una normale applicazione della regola, e in tale errore cadono o per misintelligenza della regola stessa, o per inesatta applicazione delle norme relative alla distribuzione delle prove in giudizio ove trattisi di inadempimento colposo in materia di obbligazioni.

C'è, per esempio, chi, come il Giorgi (2), trova che le obbligazioni commerciali tutte, contrapposte alle civili, costituiscono una categoria in cui la diligenza del b. p. f. si aggrava, ricorda le parole del Domenget: « Le négociant est supposé plus diligent que l'homme privé » (3) e richiama, a comprovarlo, l'obbligo speciale del commerciante di tenere dei libri regolari, lo speciale rigore della procedura di fallimento cui soggiace, e simili. Ma qui non si ha, a ben guardare, aggra-

---

(1) V. sull'argomento Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui* (Firenze, Niccolai 1890), Vol. II, n.i 395 e segg., pag. 152 e segg.

(2) Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 30, pag. 53 (7.a ediz).

(3) Domenget. *Du mandat, de la commission etc.*, 769, cit. dal Giorgi, *loc. cit.*

vamento del criterio normale, bensì retta applicazione di esso e non ho che a riportarmi in proposito a quanto dissi nel fornire il concetto del b. p. f. e nell'escludere che costituisca aggravamento di quel concetto la speciale diligenza eventualmente richiesta dalla professione od arte che il p. f. esercita (v. s., n. 106, pag. 411). Postochè la diligenza di un b. p. f. è sinonimo di diligenza media, normale, per configurarsela sarà poi necessario considerare volta a volta l'ambiente entro cui l'individuo si muove, il tipo cioè dell'individuo fornito della diligenza normale in quelle date circostanze di fatto; onde nel mondo commerciale il buon padre di famiglia diventa il buon commerciante (1).

In altri casi ci sono autori che ravvisano un aggravamento perchè interviene l'elemento della *custodia*. Esiste l'obbligo della *praestatio diligentiae*, ma il semplice fatto della custodia, che cioè il rapporto obbligatorio implica che ci sia una cosa corporale da conservare, fa sì che le esigenze si aggravino e appunto in base a ciò si parla di *custodia* e di *praestare custodiam* come di un grado a sè di diligenza superiore a quella del b. p. f. In quest'ordine di idee sta fra noi il CHIRONI (2). Ma io non credo si possa per ciò solo che in taluni casi si vuole applicata con maggior rigore la norma solita della diligenza di un b. p. f., creare accanto a questo tipo designato dal legislatore altri tipi con denominazioni tecniche proprie e fare della cosidetta custodia in senso tecnico, concetto già molto disputato fra' romanisti, che pure avrebbero per esso l'appoggio di molti testi delle fonti (3), una nuova pietra di paragone per casi che la nostra legge, con espressione generica,

---

(1) Cfr. COGLIOLO, *Op. cit.*, Vol. I, n. 287, pag. 405, n. 297, pag. 423, nota 494 e Vol. II, n. 395, pag. 153 testo e nota 858.

(2) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 24, pag. 65-72, n[i] 57 e segg., pag. 143 e segg.

(3) Per la bibliografia romanistica sull'argomento veggansi LUSIGNANI *Op. cit.*, Vol. I, pag. 1-2 e BERTOLINI, *Appunti didattici di Diritto romano*, fasc. 3 (Torino, Gerbone 1906), n. 169, pag. 289-298, che, seguendo il FERRINI e trattandone più di proposito in ordine al commodato, nega la *custodia tecnica* qual grado di diligenza eccedente la normale.

dichiara doversi trattare più severamente (1), Se il rapporto giuridico è tale da importare la conservazione di cosa corporale altrui, sarà nell'adempimento di questo, come di qualunque altro obbligo, da adoperarsi la diligenza di un b. p. f., la quale non perchè si applica al custodire diventa qualche cosa a sè, qualche cosa di particolarmente grave. Strano intanto che nel contratto di custodia per eccellenza, se così può dirsi, cioè nel deposito, non siasi adottato questo preteso speciale metro di diligenza, ma quello ben diverso della diligenza in concreto. Ma anche a prescindere da ciò, quando prendiamo ad analizzare i casi che sotto questo tipo della *custodia* ci vengono presentati come aggravamento della diligenza normale, troviamo, a ben guardare, che o questo aggravamento non ci è affatto, o che dipende da considerazioni diverse e non dalla semplice circostanza dell' intervenire nel rapporto giuridico di cui si tratta il fatto di custodire cose altrui.

Cosí p. es. troviamo invocate a questo proposito certe disposizioni relative al *comodato*. A tenore degli Art. 1809, 1810, il comodatario è responsabile se la cosa comodata perisce per un caso fortuito al quale egli avrebbe potuto sottrarla col surrogarne una propria, oppure se la perdita sia avvenuta perchè, non potendo egli salvare che una delle due cose, ha preferito salvare la propria (2) o finalmente se impieghi la cosa in uso diverso (o per un tempo più lungo) di quel che dovrebbe, ed essa perisca per caso fortuito, salvochè provi in quest'ultimo caso che già sarebbe perita ugualmente.

Orbene, conchiudeva il CHIRONI nella prima edizione della più volte ricordata sua opera, « in questi tre casi ogni perdita

---

(1) Cfr. la mia recensione sull'opera del CHIRONI in *Rivista critica delle sc. giurid. e sociali,* III (pag. 231-236), pag. 233 e SIMONCELLI, *Op. cit.*, n.i 11 e segg., pag. 13 e segg.

(2) È l'ipotesi contemplata pure nella l. 5 § 4, D. commod. vel contra, 13, 6 di ULPIANO: « Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale non tenebitur, *nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit* ». Quasi identico è il § 2, Lib. II, Tit. 4 delle *Rec. Sent.* di PAOLO.

o deterioramento avvenuto è imputabile al comodatario, e la diligenza da lui richiesta, se è superiore a quella ordinariamente impiegata da un b. p. f., lo è in forza della custodia che deve avere sulla cosa » (1). Nella seconda edizione il CHIRONI si è ricreduto per uno di quei tre casi, cioè riconosce anch'egli che la custodia non c'entra per nulla se nel predetto modo è aggravata la responsabilità del comodatario che abbia fatto della cosa un uso diverso del pattuito. E infatti allora è troppo manifesto che non si ha che l'applicazione pura e semplice di un principio già da noi illustrato parlando del caso fortuito, che cioè si fa eccezione alla massima *casum sentit creditor* quando il debitore versava già in colpa o in dolo nella esecuzione del contratto allora quando l'infortunio colpì la cosa (v. s., n. 95, pag. 381): non è per l'elemento custodia proprio del contratto, ma bensì perchè egli è uscito dai limiti del contratto che la responsabilità del comodatario si aggrava (2). A siffatte considerazioni il CHIRONI, come ho detto, si è dovuto arrendere nella seconda edizione (3), ma invece insiste nel suo primitivo assunto quanto agli altri due casi (4). Nemmeno essi però rappresentano, chi ben guardi, un aggravamento della misura ordinaria. Il creditore, che è il comodante, non entra per nulla negli interessi speciali del comodatario che lo indussero a salvare di preferenza la cosa sua propria: egli trova inadempiuta l'obbligazione, mentre sta in ipotesi che il debitore la avrebbe potuto benissimo adempiere senza un grado squisitissimo di diligenza, sol che avesse sacrificato, come doveva, la cosa propria a quella che altri gli avea data a prestito, e tanto basta perchè lo si debba tener responsabile secondo le norme comuni (5). Avvalora la nostra opinione, che qui non si riscontri nessun aggravio della diligenza normalmente voluta,

(1) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 58, pag. 55 della 1.ª edizione.

(2) Cfr. SIMONCELLI. *Op. cit.*, n. 14, pag. 16 e n. 50, pag. 61.

(3) CHIRONI, *Op. cit.*, n. 58, pag. 146.

(4) *Ibid.*, pag. 146-148.

(5) Cfr. SIMONCELLI, *Op. cit.*, n. 14, pag. 17-18.

il vedere che questa e non più si trova richiesta dall'Art. 1808 (1880 del *Codice francese*), così concepito: « Il comodatario è tenuto a vegliare da b. p. f. alla custodia e conservazione della cosa prestata ». Altri giungono alla stessa nostra conclusione con diverso ragionamento: osservano cioè che qui la legge non ha per oggetto il decidere una questione di grado di colpa, bensì lo stabilire un'obbligazione speciale pel comodatario, quella cioè di sacrificare, se occorre, la cosa propria per salvare quella avuta a prestito, attesa la riconoscenza che deve al comodante, obbligazione la cui inosservanza lo rende responsabile del caso fortuito (1). La dottrina del Diritto intermedio, famosa in fatto di distinzioni sottili e casistiche, aveva riguardo al maggior o minor pregio della cosa propria in confronto a quella ricevuta a comodato (2). Nessuna distinzione simile potrebbe accogliersi da noi (3). Fosse pure infinitamente

---

(1) Così, per tacer d'altri, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, Vol. IV, § 308, nota 30, pag. 102, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 227, pag. 290, HUC, *Op. cit.*, T. VII, n. 94, pag. 142, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op.* e Vol. cit., n. 353, pag. 327-328. Invece, pur non connettendo la cosa al concetto di custodia, ravvisano nei casi in discorso una disposizione rigorosa esorbitante dal Diritto comune, al pari del CHIRONI, il COLMET DE SANTERRE, *Op. cit.*, T. V, n. 54 *bis*, pag. 72 e il GUILLOUARD, cit. *Tr. du prêt*, n. 38, pag. 51-53.

(2) Già la GLOSSA sulle parole *salvas facere* della citata l. 5, § 4, D. comm, vel contra, 13. 6 così si esprimeva: « Sed quid si res commodata erat vilis pretii: sua vero pretiosa res erat? Respon. non tenetur, quia diligens quilibet hoc fecisset: non autem tenetur facere nisi quod diligentissimus faceret ». Veggasi poi in particolare STRYKIO, *Opera*, vol. XII (Francofurti et Lipsiae, Wohler 1850), *Disputatio XVI de immunitate domini a periculo* (respondente Jul. Phil. Mackensen) cap. II, n. 14-18, pag. 297. Ma lo STRYKIO, dopo aver riconosciuto che tale era la *communis opinio*, non la approva dal canto suo e vorrebbe responsabile il comodatario anche se la cosa sua era di maggior pregio. Dice infatti della comune opinione: « Quae sententia utut non iniqua sit, pro vera tamen et indubitata vix venditari poterit, nam et Domini favor non exiguus est, cui ita praeter usum gratuitum ipsa quoque re carendum esset ». V. pure contro la predetta distinzione IOH. VOET, *Comment. ad Pandectas*, Lib. 13, Tit. 6, n. 4 (Venetiis, Naratovich 1847, pag. 599).

(3) Cfr., fra altri, TROPLONG, *Comment. du prêt etc.* (Bruxelles, Meline 1845), n. 117, pag. 117, PONT, cit. *Comment. Traité des petits contrats*, I, n. 95, pag. 42-43, GUILLOUARD cit., *Tr. du prêt*, n. 39, pag. 53-54, MIRABELLI, *Del co-*

più preziosa la cosa propria posta in salvo dal comodatario con sacrificio della cosa comodata, l'Art. 1810, che non distingue, andrà senz'altro applicato. E torno a dire che è giusto sia così, che non vi ha in ciò nulla di eccezionale. Quando infatti si giudica della diligenza del b. p. f. se ne giudica sempre *in subiecta materia*, in ordine cioè a quella tale obbligazione contratta dal debitore ed astraendo da altri rapporti o cose sue. Altrimenti gli dovrebbe pur servire di scusa dell'inadempimento di una qualsiasi altra obbligazione il dimostrare ch'egli avrebbe dovuto, per eseguirla puntualmente, trascurare con gravissimo danno proprio altri suoi interessi, il che niuno si è mai sognato di sostenere, perchè causa giustificatrice dell'inadempimento, lo sappiamo, è solo l'impossibilità assoluta e non mai l'impossibilità relativa di soddisfare il debito, e tanto meno il grave disagio che il soddisfarlo apporterebbe al debitore (v. s., n. 83, pag. 332 e n. 91 *bis*, pag. 352 e segg.).

L'Art. 1810 è collegato al tema dello *stato di necessità* da quasi tutti gli autori che di tale stato si sono occupati *ex professo*. Quando per cansare un pericolo altrimenti inevitabile si aggredisce o la persona o una cosa o un diritto di un terzo incolpevole, tale atto, che dicesi necessitato, s'ha a dichiarare lecito o no? E quando pure lo si ritenga lecito, l'innocente vittima non ha tuttavia ragione a risarcimento? E se sì, a quale titolo giuridico ed entro quali limiti? Regna su tutti questi punti la più grande disparità di vedute (1). Se-

---

modato, nel cit. vol. VI, parte XII del *Commento* del FIORE, n. 12, pag. 28. Non è di poca importanza il fatto che così si era pronunciato il POTHIER, *Traité du prêt à usage* (*Oeuvres*, T. III, Bruxelles, Jonker 1830), n. 56, pag. 14-15. Contra LAURENT, *Principes*, XXVI, n. 474, pag. 482-484 e autori ivi citati.

(1) Per limitarmi alla letteratura italiana ricordo sin d'ora: G. P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II (2ª ediz., Torino, Bocca, 1906), n. 522 bis e 522 ter, pag. 512-517, GIORGI, *Op. cit.*, vol. V, n. 165, pag. 277-280 (7ª ediz.), MOSCA, *Op. cit.*, pag. 35-36, VENZI, nota gg al cit. vol. IV delle *Istit. del Pacifici Mazzoni*, pag. 339-340, VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, n. 122, pag. 254-255, FERRINI, v. *Danni* (*Azione di*) in *Enciclop. giur. it.*, vol. IV, n. 90, pag. 72-73 e v. *Delitti e quasi delitti* in *Digesto italiano*, vol. IX, p. I, n. 108, pag. 787-789 combinato con la monografia dello stesso

guendo l'ordine di esposizione comune ai trattatisti generali del Diritto civile o della materia delle obbligazioni, tratterò a fondo così gravi questioni nel dire della responsabilità per delitti e quasi delitti, alla quale materia pare anzi che taluno restringa il concetto di atti necessitati (1). Qui per ora basta decidere sulla pertinenza o no dell'Art. 1810 al tema. Contrariamente all'opinione generale il PERGOLA, che consacrò allo stato di necessità ripetuti notevoli studî, ritiene estraneo affatto all'argomento il detto Art. 1810; non si è posto mente, egli osserva, che in esso «si parla di cosa che perisce per un *caso fortuito*, laddove nello stato di necessità la cosa perisce esclusivamente per un fatto *volontario* del necessitato (per quanto la volontà di lui sia stata determinata dal bisogno della salvezza, resa urgente da un caso fortuito, da un evento naturale o dal fatto ingiusto di

---

Autore *Storia e teoria del contratto di commodato nel Diritto romano*, in *Archivio giuridico*, vol. LII e LIII (1894), vol. LIII. n. 38, pag. 296-298, L. COVIELLO, *Lo stato di necessità in diritto civile* in *Il Filangieri*, XXIII (1898), pag. 1-11, 99-106, A. BRUNETTI, *Contributo allo studio del risarcimento del danno prodotto nello stato di necessità*, in *Il Filangieri*, XXVIII (1903), pag. 481-496, 670-680, 743-744, BRASIELLO, *Lo stato di necessità in Dir. rom. e nel sistema legislativo vigente* (Napoli, Priore 1903) e *Ancora sull'obbligo del risarcimento etc.* in *Riv. crit. di dir. e giur.* di Napoli, IV (1906), pag. 53-72, V. GALANTE, *La tutela giuridica Contributo alla espos. di una teoria generale del Dir. giud. civ.* nella stessa *Riv. crit.* II (1904) pag. 150-177 pag. 165-171, GONARIO CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto privato* (Torino, Bocca, 1906), PERGOLA, *Lo stato di necessità nella storia e nella legislaz. comparata*, in *Rivista penale*, LXX (1909) pag. 129-173, *Entità giuridica dello st. di necessità*, in *Supplemento alla Riv. penale*, XVIII (1909), pag. 65-95, *Fondamento giustificativo dello st. di necessità* in *Riv. pen.*, LXX (1909), pag. 405-423, *La risarcibilità del danno derivato* ecc. in *Riv. pen.*, LXXI (1910), pag. 289-327 e pag. 449-467, BARASSI, cit., appendice alla trad. it. delle *Locazioni* del *Baudry Lacantinerie*, vol. II, pag. 475-492, (particolarmente notevole per lo sviluppo che dà al tema speciale di cui qui sto trattando); NATTINI, *Appunti sulla natura giuridica dell'atto necessitato*, in *Riv. del Dir. commerciale*, IX (1911), p. I, pag. 702-723, BUSCAINO, *Sul risarcimento dei danni derivati da atti necessitati*, nota a sent. 5 febbraio 1912 della Corte d'appello di Messina, in *Giurisprudenza italiana*, LXV (1913), p. I, Sez. 2ª, col. 39-48, S. S. (SILLA SELETTI ?), *Sullo stato di necessità in Diritto privato*, nota a sentenza in *Riv. del Dir. comm.*, XI (1913), p. II, pag. 691-710. *Adde* i più noti commenti al Codice penale sull'Art. 49 n. 3.

(1) È l'appunto che al CHIRONI GONARIO muove il BARASSI, loc. cit., n. 15, pag. 479 e seg., il quale ammette soltanto che in materia contrattuale una maggiore severità si adotti nell'apprezzamento della necessità.

un terzo) » (1). È un ragionamento che non mi persuade. Il fatto *volontario* interviene pure quando, trovandosi investite dal medesimo fortuito due posizioni giuridiche, la propria e l'altrui, *deliberatamente* si sacrifica questa per la salvezza di quella. E l'Art. 1810 suppone appunto, specie nella seconda parte, un comodatario che nel comune infortunio, non potendo salvare che una delle due cose, ha *preferito* la propria. Sarebbe concezione materialistica errata il ravvisare atto di necessità nel dar di piglio alla *cosa* altrui per salvare sè o la cosa propria e non invece nell'aggredire un *diritto* altrui, nel caso nostro il diritto del comodante a riavere in natura la cosa prestata. — Se così è, si capisce che autori affermanti la liceità degli atti necessitati, ed escludenti l'obbligo nell'agente in istato di necessità di risarcire il danneggiato almeno in quanto la cosa salvata sia di valore notabilmente superiore alla cosa o al diritto sacrificato, ravvisino un'eccezione a tali principî nell'Art. 1810, applicabile, come si vide, senza riguardo alcuno alla proporzione di valore fra la cosa comodata e le cose proprie del comodatario. E l'eccezione comunemente si giustifica con gli speciali obblighi di riconoscenza del comodatario verso chi gli ha reso un servizio gratuito (2). Noi in-

---

(1) PERGOLA, cit. *La risarcibilità del danno derivante dal fatto giustificato per lo st. di necessità*, n. 43, pag. 319 (della cit. *Riv. penale* del 1910).

(2) Così, p. es., L. COVIELLO, loc. cit., pag. 8-9 (del *Filangieri* del 1898). Invece il FERRINI, il quale pure nega risarcibilità del danno recato in istato di necessità nei due scritti sovra citati inseriti nella *Enciclopedia giur. it.* e nel *Digesto italiano*, ragionando, nell'altra citata monografia sul comodato, intorno alla legge di ULPIANO (trasfusa fra altri Codici nel nostro Art. 1810) così la spiega: « A mio avviso nulla è più giusto della decisione di Ulpiano e di Paolo. In un caso di necessità il commodatario salva la *res propria* sacrificando la *res commodata*: se non avesse sacrificato questa avrebbe perduto la propria. Che cosa di più giusto che debba risarcirne il valore al commodante? Che cosa di più conforme alla *bona fides*? Non dunque perchè sia nel caso concreto una colpa l'avere sacrificato la cosa altrui, risponde il commodatario; ma perchè sarebbe contrario alla natura della buona fede ch'egli si trattenesse il lucro fatto mediante il sacrificio della cosa del commodante ». Questa motivazione, accolta pure dal Sig. S. S. nella citata nota della *Rivista del Diritto commerciale*, è tale da valere per tutti i *bonae fidei iudicia*, e noi diremo dunque oggi per tutti i contratti, tutti essendo oramai di buona fede. Ond'ecco per altra via scomparire la pretesa eccezionalità della norma dettata pel comodato. Per altra via però, abbiamo detto; chè le risultanze finali divergono alquanto fra questa soluzione e la nostra. Pel FERRINI, e per quanti ne seguono l'argomentazione, il comodatario non potrà pretendere

vece abbiamo escluso questo carattere di *ius singulare* nella disposizione in esame fatta discendere dal principio generale che chi ha contratta un'obbligazione deve adempierla, per quanto gli costi, con tutte le sue forze, con tutti i suoi mezzi.

Altro caso male invocato dal CHIRONI a sostegno delle sue idee è quello della responsabilità incombente al conduttore nella locazione di cose. Si ferma egli specialmente all'ipotesi di *incendio della cosa locata*. Già l'Art. 1588 in termini generali dispone: « Il conduttore è obbligato pe' deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sieno avvenute senza sua colpa », ma il successivo poi, applicando questo principio al caso di incendio, specializza e dichiara: « Egli è obbligato per l'incendio quando non provi: che è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore o per difetto di costruzione, o nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia: o che il fuoco si è comunicato da una casa o da un fondo vicino ». Ecco l'aggravio di responsabilità, ci dice il CHIRONI. Mentre il caso libera il debitore, invece qui al conduttore non basta allegare l'incendio quale fortuito che gli impedisce di restituire la cosa come l'ebbe, ma incombe per di più a lui di provare che l'incendio avvenne non per difetto di diligenza sua(1). E questo per effetto della *custodia*. Ma è evidente, a mio avviso, l'equivoco in cui si cade a questo modo, considerando come aggravante di responsabilità una disposizione relativa soltanto all'onere della prova(2). Dimostreremo poi, nel paragrafo ove

---

nulla più del valore della cosa sua lasciata perire: per noi egli avrà diritto, come qualsiasi creditore in caso di inadempiuta obbligazione, all'integrale risarcimento dei danni (*tenebitur*, dice genericamente il citato passo di ULPIANO, *è responsabile della perdita*, dice parimenti il nostro Art. 1810).

(1) CHIRONI, cit. *Colpa contrattuale*, n. 59 e segg., pag. 148 e segg.

(2) È pur costretto lo stesso CHIRONI a dichiarare che « l'aggravamento della diligenza non è nel grado », n. 61, pag. 152, e tanto basta per me a sostenere che non si possa dell'incendio della cosa locata parlare come di uno di quei casi di maggior rigore cui allude il capoverso di un articolo, quale il 1224, tutto consacrato alla graduazione della colpa.

si dirà della prova della colpa, come anche sotto questo rispetto la norma statuita per l'incendio della cosa locata nulla presenti di eccezionale.

110 bis. Fin qui abbiamo passati in rassegna dei casi (attinenti al comodato ed alla locazione di cose) nei quali impropriamente si ravvisa da taluno aggravamento nella prestazione della colpa per effetto della custodia. Ora ne accenniamo altri in cui realmente aggravio di responsabilità si riscontra, ma dove è improprio l'attribuirlo alla sola presenza dell'elemento custodia, mentre altre ragioni lo determinano. Alludo alle norme speciali dettate dal Codice a carico degli osti ed albergatori per gli effetti portati entro i loro alberghi dal viandante che vi alloggia, caso che già vedemmo qualificato dal Codice come deposito necessario (Art. 1866) e a carico dei cosidetti vetturini sì per terra come per acqua che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose, di che si occupa il Codice nel Capo che tratta della locazione delle opere. Se vengono rubati o danneggiati gli effetti del viandante nell'albergo ov'egli alloggia, l'albergatore ne risponde, non solo se ciò fu opera dei domestici o dei preposti alla direzione dell'albergo, ma persino se di estranei che lo frequentano (Art. 1867): la sua responsabilità non cessa che di fronte a furti commessi a mano armata o altrimenti con forza maggiore o per negligenza grave dello stesso viandante derubato, il quale allora deve imputare a se stesso il danno che soffre (Art. 1868) (1). Riguardo ai vetturini o per terra o per acqua ab-

(1) Sul tema, oltre agli autori sin qui ricordati, si consulteranno, fra i nostri, E. Gianturco, illustrazione delle voci *Albergatori*, *Albergo*, in *Enciclopedia giurid. italiana*, Vol. I, Parte II, pag. 1012-1068 (Milano, Vallardi 1882); Bertagnolli, *idem* in *Il Digesto italiano*, Vol. II, p. II, pag. 185-206 (Torino, Unione 1893), G. Grisostomi, *idem* nel cit. *Diz. del Dir. privato* dello Scialoja, Vol. I, pag. 127-131, Landucci, nelle ampie ed accurate note alla trad. it. del Libro IV, Tit. IX delle *Pandette* del Glück (Milano, Vallardi 1890), pag. 370-483, Sechi, nota a Sent. 12 marzo 1903 della Corte di Cass. di Roma (Sez. II) in *La Giustizia penale*, IX (1903), pag. 679-686, Campogrande, *Sul carattere giuridico del deposito in albergo*, in *La Legge*, XLVI (1906) col. 83-102, 189-196, *idem*, *Per un'attenuazione della resp. degli albergatori*, in *La Giurispr. ital.*, LIX

biamo nel Codice civile l'Art. 1629, che li dichiara sottoposti agli stessi obblighi degli albergatori quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, e l'Art. 1631, che li dichiara obbligati per la perdita e per i guasti o avarie delle cose predette, se non provano che ciò provenne da caso fortuito o forza maggiore. Questo argomento del trasporto e della relativa responsabilità del vettore (espressione che sta ad indicare sia chi eseguisce direttamente il trasporto, sia l'imprenditore di trasporti che si vale poi dell'opera altrui) trovasi particolarmente svolto nel Codice di commercio (Art. 388-416), al quale bisogna poi connettere per i trasporti ferroviarî le norme contenute nelle cosidette Convenzioni ferroviarie del 1885 (Legge 27 Aprile 1885, n. 3048, serie 3ª). (1)

Ma in che cosa precisamente consiste l'aumento di respon-

(1907) parte 4ª, col. 81-107, FUBINI, *Sulla responsabilità degli albergatori*, estr. dal periodico *Diritto e giurisprudenza*, anno XXIV, (Napoli, 1908) (con lievissime varianti in *Riv. del Dir. comm.*, VI (1908) p. II in nota a sent. 29 agosto 1907 della Corte d'Appello di Milano, pag. 33-44), A. BARBERIS, *Il deposito in albergo* (Torino Bosio 1908), GIOVENE, *Ancora sulla responsab. degli albergatori*, estr. dal periodico *Diritto e giurisprudenza*. XXV (Napoli, 1909), M. D'AMELIO, *Sulla responsab. degli albergatori pei furti ai viaggiatori*, nota a sent. 6 luglio 1911 del Trib. di Milano, in *Riv. del Dir. comm.*, IX (1911) p. II, pag. 992-1000, collegata con la memoria dello stesso A. *La respons. della Compagnia dei wagons lits* in *Riv. di Dir. civ.*, II (1910), pag. 540-549, SCHOULZ, *Per la revision della teoria dei limiti di responsabilità degli albergatori*, in *Riv. del Dir. comm.*, X (1912), p. I, pag. 923-927. E per quanto riguarda recenti progetti di legge in argomento, dei quali si farà cenno in appresso, veggansi particolarmente le pregevoli osservazioni del ch. prof. ADOLFO SACERDOTI, *Nuovo progetto di legge sulla responsabilità degli albergatori*, in *Riv. del Dir. commerciale*, XII (1914) parte I, pag. 149-159, integrate dallo stesso autore con breve nota nel giornale di Padova *Il Veneto* del 27 giugno 1914.

(1) Delle quali tuttora si parla, ad onta dell'esercizio ferroviario di Stato vigente dal 1905; perchè le condizioni di trasporto e le tariffe ivi disciplinate furono mantenute con l'art. 15 della legge 22 aprile 1905, n. 137 e poscia con l'art. 38 della legge 7 luglio 1907, n. 429 (parzialmente modificato con l'Art. 1 della legge 25 giugno 1909, n. 372). E benchè detto art. 38 statuisse che entro tre anni si sarebbe provveduto, con decreto reale da convertirsi in legge, alla revisione di dette condizioni di trasporto, al coordinamento alla convenzione di Berna ed alla semplificazione delle tariffe, quest'opera non fu ancora compiuta.

sabilità a carico degli albergatori e degli osti, e dicasi così dei vetturini, ad essi equiparati dal citato Art. 1629? In questo anzitutto, che il legislatore non si accontenta che prestino la diligenza del b. p. f., interpretata, sia pure, secondo le esigenze della professione, nè dalla dimostrata assenza di lor colpa argomenta il fortuito nel fatto dannoso di cui rimanga tuttavia ignorata la causa (1). Nel che ravviso subito una differenza, per dirne una, in confronto al conduttore di case, il quale si esonera da responsabilità per deterioramenti se li provi avvenuti senza sua colpa e per l'incendio se lo provi scoppiato nonostante la diligenza solita ad usarsi da ogni accurato padre di famiglia (Art. 1588, 1589). Invece per esonerarsi l'albergatore e il vettore devono provare il caso fortuito o di forza maggiore che ha colpito effetti introdotti nell'albergo od affidati pel trasporto (v. *supra*, n. 86, pag. 340-341). Trattandosi poi di furto di quegli effetti, vi hanno due altre aggravanti, cioè 1) si tiene responsabile l'arbergatore non solo dei furti commessi dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, ma anche dei furti commessi da estranei che li frequentano (e analogamente diremo, nel caso di trasporti, anche se commessi da altri viaggiatori che facevano uso dello stesso mezzo di trasporto). Finchè si tratta di preposti o dipendenti stiamo entro la regola, perchè essi non sono persone estranee al debitore (v. s., n. 84-*bis*, pag. 337, e n. 86, pag. 340), ma certo non si può dire altrettanto delle persone che frequentano l'albergo (o dei viaggiatori assunti con quel mezzo di trasporto) relativamente ai quali normalmente non c'è per l'albergatore (o vettore) possibilità di scelta. Onde ha torto il MOSCA quando, prendendo in blocco tutte le persone di cui parla l'Art. 1867 e tutte considerandole non estranee all'albergatore, si rifiuta ad ammettere che quell'articolo presenti qualche cosa di eccezionale e lo dice semplice applicazione del principio generale contenuto nell'Art. 1225 (2) — 2)

---

(1) Conf. oltre al cit. GIOVENE, pag. 37, ABELLO, *Della locazione*, I, nel *Commento* del FIORE (Napoli, Marghieri 1905), pag. 341-342.

(2) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 105.

il furto, tuttochè perpetrato da persone che nemmeno frequentano l'albergo, deve essere stato commesso *a mano armata* perchè possa considerarsi forza maggiore (1) come d'altra parte la negligenza del derubato esonera da responsabilità l'albergatore, solo quando sia grave.

Orbene, accertato in che cosa l'aggravamento di responsabilità consista, diremo che questi rigori particolari non sono indotti dal semplice fatto che qui interviene la custodia, ma bensì dall'indole speciale dell'industria esercitata. Talora si tratta di un monopolio di fatto, se non di diritto, per cui il pubblico è costretto a servirsi dell'opera di chi esercita quella industria d'albergatore o di vettore, nè c'è da scegliere. Ma se anche c'è possibilità di scelta, perchè più siano gli esercenti, si suol ripetere che il viaggiatore, in paese straniero, ignaro delle persone e dei luoghi, non ha tempo nè modo di assumere informazioni, deve affidarsi a chi trova esercitare pubblicamente quelle industrie, ond'è naturale che la legge lo guarentisca sottoponendo tale categoria di esercenti ad una responsabilità più rigorosa (2). Manca al viaggiatore, che passa tanta parte della giornata fuori dell'albergo, la possibilità stessa di vigilare sulle cose sue, onde ben lasciò scritto ULPIANO, a proposito dell'editto sul *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, nella l, 1 § 1 D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant 4, 9: « Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere ». Senonchè è pur d'uopo riconoscere che un'altra causa, oggidì per fortuna insussistente, concorse in Roma, e poscia per secoli, a far gravare la mano su codesta categoria di persone, l'essere cioè le persone stesse malfamate e non a torto sospette di complicità coi ladri, Continua infatti il passo testè citato col dire « et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coëundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus »: argo-

(1) IDEM, pag. 115.

(2) SIMONCELLI, *Op. cit.*, n. 36, pag. 44.

mento ribadito nella l. 3 § 1 h. t. pure di ULPIANO, ove si riferisce che POMPONIO non si rendeva conto della istituzione di quest'apposita azione onoraria, mentre già soccorrevano quelle civili *locati* o *depositi* « nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere *reprimendae improbitatis hoc genus hominum* ». D'altra parte le facilitate comunicazioni e la pubblicità diffusa sotto mille forme riducono di molto al dì d'oggi, anzi, salvo caso di contingenze specialissime, distruggono il valore dell'argomento che vedemmo desumersi dalla difficoltà di previe informazioni. Senza dire che alla progredita organizzazione degli alberghi è andata di pari passo quella dei ladri internazionali (i cosidetti *rats d'hôtels*) che proprio scelgono a loro campo di azione gli alberghi di maggior lusso e di più alta fama, i cui proprietarî o conduttori godono di una così elevata posizione sociale da rendere superflua ogni indagine sul loro conto. Ecco pertanto la più recente dottrina e giurisprudenza, prescindendo in tutto o in parte dalle ragioni sovrindicate, riporre nel così detto *rischio professionale* il fondamento giuridico della speciale responsabilità in discorso (1). E dietro di esse i più recenti progetti di legge, formulati presso di noi con l'intento di contenere però questo rischio, sull'esempio di legislazioni straniere, entro giusti confini. Mentre cioè attualmente è illimitata la responsabilità dell'albergatore, comprendendo, per quanto preziose, le cose tutte del viaggiatore anche se non consegnate in particolare custodia, anzi nemmeno dichiarate all'arrivo, si vorrebbe limitare a certa somma (lire

---

(1) Per la giurisprudenza vanno particolarmente segnalate ripetute decisioni della Corte d'appello di Milano, 29 agosto 1907, causa Kissler e Weiler c. Marchesi in *Riv. del dir. comm.*, VI, (1908), p. II, pag. 33 e 25 aprile 1913, causa Meroni c. Norsa in *Monit. dei trib.*, LIV (1913), pag. 391, tenuta ferma la prima, sempre sulla base del rischio professionale, dalla sentenza 2 dicembre 1908 della Cassazione di Torino (*Riv. del dir. comm.*, VII (1909), p. II, pag. 129), come a sua volta la seconda conferma una elaborata sentenza del Tribunale di Milano 19 febbraio 1912 (inserita nella stessa *Rivista*, X (1912), p. II, pag. 434); per la dottrina i più recenti fra gli autori ricordati nella nota 1, a pag. 451-452, specie il FUBINI, il D'AMELIO, lo SCHOULZ, A. SACERDOTI, e, però con sue speciali vedute, il GIOVENE.

mille) la responsabilità per gli oggetti di uso abituale e per le somme che il cliente tiene con sè, illimitata restando invece per gli altri oggetti preziosi e per i valori affidati in custodia speciale all'albergatore o ai preposti all'albergo o per i quali costoro abbiano rifiutato uno speciale mezzo di custodia (cassaforte e simili) (1).

111. Fin qui dei casi cui allude il capov. dell'Art. 1224, nei quali cioè è la legge stessa che applica con maggiore o minor severità la regola circa la prestazione della colpa nelle obbligazioni. Ora si domanda se questa attenuazione o questo aggravamento possano essere opera della volontà delle parti.

Circa l'aggravamento nessun dubbio. Se possono gli interessati giungere fino a pattuire che sopporti il caso fortuito quella parte a cui non incomberebbe per legge (v. s., n. 94, pag. 378), *a fortiori* potranno stabilire che nell'adempimento dell'obbligazione si debba usare un grado di diligenza maggiore di quello stabilito dalla legge all'Art. 1224. Nulla infatti vi ha che qui consigli, nel silenzio della legge, una deroga alla regola della libertà contrattuale.

---

(1) Ampia esposizione di legislazione comparata in argomento trovasi nella *Rivista del Dir. commerciale*, XI (1913), p. I, pag. 514 e segg. La integro soltanto per ciò che riguarda la Francia, osservando che dopo la legge del 18 aprile 1889, la sola ivi ricordata, un'altra dell'11 luglio 1911 vi fu pubblicata in argomento. Per virtù di queste leggi all'art. 1953 del Codice Napoleone, corrispondente al nostro 1867, va aggiunto il seguente capoverso: « Cette responsabilité est limitée à mille francs pour les espèces monnayées, les valeurs, les titres, les bijoux et les objets précieux de toute nature non déposés réellement entre les mains des aubergistes ou hôteliers ». Fra noi un primo progetto inteso a mitigare la severità del Codice a carico degli albergatori fu presentato nella Legislatura XXIII d'iniziativa dei deputati MURATORI e MONTÙ e preso in considerazione il 21 maggio 1913 (*Atti parlam.*, *Camera dei dep.*, *Documenti*, n. 1414); nella corrente Legislatura XXIV se n'ebbero tre, uno d'iniziativa dei deputati CARCANO e RAVA, preso in considerazione il 10 febbraio 1914 (*Atti ecc.*, *Docum.*, n. 99), altro d'iniziativa dei deputati AGNELLI e CANEPA, preso in considerazione il medesimo giorno (*Atti ecc.*, *Docum.*, n. 100), finalmente un terzo del FINOCCHIARO-APRILE, Ministro di Grazia e Giustizia, presentato il 3 febbraio 1914 (*Atti ecc.*, *Docum.*, n. 66). Secondo la proposta ministeriale, i tre progetti sono stati esaminati insieme dagli Uffici della Camera ed ora abbiamo sott'occhio un progetto unico (relatore AGNELLI, *Atti ecc.*, *Docum.*, n. 66 A, 99 A, 100 A) concordato fra il Governo e la Commissione parlamentare. È da augurarsi che giunga presto alla discussione: la Relazione ne fu presentata alla Camera nella seduta del 19 giugno u. s.

Per lo stesso motivo in massima si ritiene valida la convenzione delle parti che attenui la responsabilità per colpa, solo ammettendo come limite che non si possa giungere sino ad esonerare previamente il debitore dalle conseguenze della colpa grave, notoriamente equiparata al dolo da numerosi testi romani (1). Se non proprio le identiche considerazioni che vedemmo ostare al patto *ne dolus praestetur* (v. s., n. 100, pag. 389), rimanendo pur sempre psicologicamente diversa l'entità del dolo e della colpa (v. s., n. 102, pag. 393), certo però quello stesso omaggio al principio che la buona fede deve regnare nella esecuzione dei contratti (Art. 1124) (2), si oppone ad ammettere che preventivamente si stipuli assoluta immunità pel debitore ove ometta persino quel grado minimo di diligenza, il cui difetto costituisce appunto la colpa lata o grave. Il *Codice federale svizzero delle obbligazioni* è esplicito in questo senso, dichiarando esso all'Art. 100 (conforme all'Art. 114 del precedente): È nullo il patto avente per scopo di liberare preventivamente dalla responsabilità dipendente da dolo o da colpa grave ». Che anzi al capoverso il detto articolo si spinge più oltre per certi casi speciali. Vi si legge infatti: « Anche la preventiva rinuncia alla responsabilità dipendente da colpa leggera può essere considerata nulla secondo il prudente criterio del giudice, qualora al momento della rinuncia la parte rinunciante fosse al servizio dell'altra o qualora la responsabilità consegua dall'esercizio di un'industria sottoposta a pubblica concessione »

---

(1) Fra i più salienti ricordo l. 1, § 5, D. de obl. et act. 44, 7, di GAIO, l. 29 pr. D. mand. vel contra 17, 1 e l. 1 § 2, D. si is qui testam. etc., 47, 4 di ULPIANO, l. 226 D. de verb. signif. 50, 16 di PAOLO. Che l'equiparazione della colpa grave al dolo o almeno la generalizzazione di essa sia opera dei compilatori giustinianei è tesi vigorosamente sostenuta dal compianto DE MEDIO, cit. *Studi sulla culpa lata* in *Bull. Ist. Dir. rom.* XVII (1905), pag. 5 e segg. e *Valore e portata della regola « Magna culpa dolus est »* in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, vol. II (Napoli, Pierro 1906) pag. 223-245. Per noi civilisti la cosa ha un'importanza molto relativa; ripetansi qui le considerazioni già fatte sulle interpolazioni che si vogliono ravvisare nei passi relativi alla *culpa in concreto* (v. s., pag. 429, nota 2).

(2) E noi diremo, più in generale, delle obbligazioni tutte.

La invalidità della clausola di preventiva immunità per colpa lata, se era pacifica per Diritto comune, trovasi invece discussa fra i moderni romanisti e civilisti. Quanto al Diritto romano (1) mancano per verità testi che neghino esplicitamente valore a detta clausola, e tuttavia il divieto si ritiene da molti e vorrei dire dai più implicito nella ripetuta generale equiparazione della colpa lata al dolo (2). Al che il DERNBURG plaude anche per un'alta considerazione economico-sociale, vale a dire perchè l'accresciuta responsabilità rende vigili i singoli nella conservazione dei beni, onde tutta la Nazione si avvantaggia (3). Quanto al Diritto italiano vigente la tesi nostra è da più parti avversata per ragioni di varia natura, che cercheremo di riassumere e brevemente discutere. Osservo intanto che quelli tra gli avversarî nostri che hanno trattata la questione da entrambi i punti di vista, il romanistico cioè e il civilistico odierno, si possono suddistinguere in due categorie. C'è chi (V. SCIALOJA) ritiene valido il patto *ne culpa lata praestetur* e per Diritto giustinianeo e per Diritto civile vigente (4) ed altri (DE MEDIO) che la negativa sostiene solo in riguardo alla legislazione giustinianea (5). Dice quest'ultimo a sostegno della pretesa differenza: a) che in Diritto giustinianeo era generalissima la portata dell'equiparazione della colpa lata al dolo, mentre invece in un sol caso nel nostro Codice civile (art. 449) e in uno nel Codice di commercio (art. 405) (6) colpa lata e dolo sono messi sulla stessa linea — b) che ci sono buone ragioni esegetiche per credere che nel Diritto romano classico il patto fosse pienamente valido. Sul primo punto può osservarsi che non il numero maggiore o minore dei casi

---

(1) La relativa bibliografia può vedersi in DERNBURG, *Pandekten* II (5ª. Aufl. Berlin, Müller 1897) §. 36 nota 5, pag. 101 (trad. it. CICALA (Torino, Bocca 1903) pag. 141) e nelle citate monografie del DE MEDIO, del quale è pure una nota a sent. 23 agosto 1905 della Cass. di Torino in *Foro it.*, XXXI (1906), p. I, col. 25-27.

(2) Vedi gli autori ricordati nella nota che precede. Contra V. SCIALOJA. cit. *Lezioni sulle Obbl. in D. Romano*, pag. 341 e segg., BONFANTE, cit. *Istit. di Dir. rom.*, §. 35, pag. 98 (5ª. ediz.), PACCHIONI, *Corso di Dir. romano*, Vol. II (Torino, Unione 1910), §. 141, pag. 452.

(3) DERNBURG, *loc. cit.* in fine del §. 36.

(4) V. SCIALOJA, *loc. cit.*

(5) DE MEDIO, *loc. cit.*, specialmente nella memoria in onore del Fadda, *Valore e portata della regola* etc.

(6) Dove colpa manifesta equivale a grave; VIVANTE, *Tratt. di Dir. comm.* IV (2ª. ediz.) pag. 673.

in cui le due legislazioni pongono alla medesima stregua dolo e colpa lata può avere importanza nella nostra questione, ma sì la ragione intrinseca di siffatto trattamento: onde se una morale disapprovazione della colpa lata analoga a quella del dolo ispirò ai giustinianei la loro equiparazione, come sostiene il De Medio (1), tutta la questione (caso più caso meno) si appunta nel dimostrare che simili ragioni morali o erano fin d'allora infondate o tali appaiono almeno oggigiorno. — L'altra argomentazione, che avrà la sua importanza per la storia del Diritto romano, non ne ha alcuna per noi interpreti del Diritto patrio, alla cui illustrazione è coefficiente storico potentissimo non già il pensiero genuino dei giureconsulti classici, ma quello consegnato nel *Corpus iuris*, base delle *celebriores doctorum theoricae* che la codificazione moderna trovò a sè dinanzi. —

Veniamo dunque alle ragioni intrinseche addotte per l'odierna validità del patto. Altro è volontario e cosciente inadempimento (dolo) altro inadempimento per trascuratezza o negligenza, sia pur essa di un grado massimo (colpa grave) e però si erra dicendo che il patto *ne culpa lata praestetur* diventa incitamento a nuocere impunemente con la propria condotta, rilassata sino al massimo grado. Se ciò si verificasse, saremmo, si dice, addirittura sul terreno del dolo, perchè si nuocerebbe *volontariamente* facendo a fidanza sulla clausola in discorso. Non è più in colpa lata, ma in dolo chi ha *voluto* la colpa stessa e con quella l'atto nocivo (2). Ma si risponde che può ben mancare un simile divisamento nel debitore all'atto in cui egli non adempie o male adempie la sua obbligazione, e tuttavia la clausola avere in lui sin dal principio alimentata quella supina trascuranza che dà in quel momento i suoi frutti. Tanto basta perchè simile clausola, che induce genericamente l'abito alla *dissoluta neglegentia*, meriti riprovazione. L'obbligato che ha convenuto l'irresponsabilità per colpa lata (nota bene il Filomusi-Guelfi (3)) pur senza concepire alcuna deliberazione dolosa, non dà alla propria volontà quell'energia che è richiesta per usare un certo grado di diligenza. Se così è, parmi vano il fare appello in difesa della clausola al generico principio del rispetto dovuto al-

(1) De Medio, cit. *Valore e portata* ecc., pag. 229-230, ov'è richiamata la incisiva frase della l. 29 pr. D. mand. vel contra 17.1 di Ulpiano: «... videtur dolo versari, dissoluta enim neglegentia prope dolum est».

(2) V. Scialoja, *Lezioni* citate, pag. 342.

(3) Filomusi-Guelfi, cit. *Lezioni*, pag. 336.

l'autonomia delle parti, principio invocato in proposito dai compilatori del *Codice civile germanico*, il quale, a differenza dello svizzero dianzi ricordato, nel § 276 capov. vieta soltanto il patto *ne dolus praestetur* (1). Quella generica preventiva immunità da ogni colpa, se proprio non distrugge il *vinculum iuris* pel debitore, come di solito è a dirsi della pattuita irresponsabilità pel dolo (2), certamente lo affievolisce per guisa da poterlo rendere in pratica quasi evanescente. Fo qui tesoro di un'acuta osservazione, che pure viene dal campo avversario. V. SCIALOJA, nell'indagare il fondamento dell'equiparazione giustinianea fra dolo e colpa lata, così ebbe a dire: « Vi ha una ragione pratica generale e si è che non sempre è facile distinguere in pratica il dolo dalla culpa lata, perchè la distinzione si riduce in sostanza nel massimo numero dei casi ad un elemento intenzionale difficilmente verificabile mediante prova. E per vero di solito la prava intenzione si deve giudicare dalla qualità esteriore dell'atto; e facilmente si comprende come dal punto di vista esterno gli atti di colpa lata somiglino a quelli di dolo. Ora se si ammettesse che il Diritto si debba arrestare di fronte a distinzioni soggettive, dal momento che non si debbono applicare le conseguenze del dolo se l'intenzione non c'è, ne seguirebbe che nella massima parte dei casi il diritto sarebbe disarmato, e il dolo rimarrebbe esente dalle conseguenze giuridiche; poichè, di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne l'esistenza » (3). Orbene, se mi dite che *nella grandissima maggioranza dei casi* è pressochè impossibile la prova diretta del dolo e praticamente non resta che argomentarlo dalla qualità esteriore dell'atto che indubbiamente ha i caratteri di colpa grave, ne risulta evidente il pericolo che si incorre di dare in pratica *quasi sempre* sanatoria al dolo col riconoscere efficacia alla clausola *ne culpa lata prae-*

(1) V. i *motivi del Cod. civ. germ.* in HAIDLEN cit. *Bürgerl. Gesetzb.*, I, sul §. 276, pag. 339. Essi hanno influito sul CHIRONI a fargli mutare avviso dalla 1ª. edizione (n. 292, pag. 314) alla seconda (n. 296, pag. 655-668) della sua *Colpa contrattuale*. Solo in caso di dubbio, data una generica elisione di responsabilità per colpa, ancor oggi il CHIRONI ne eccepisce la colpa lata; *ibid.*

(2) Il DI NOLA, *Le agenzie d'informazioni commerciali e la loro responsabilità civile* in *Riv. del Dir. comm.* II (1904), p. I, pag. 345-369, assolutamente contrario alla validità del patto, usa però espressioni che potrebbero al riguardo far supporre un' identità delle due situazioni per mancata serietà e certezza di impegno e nell'una e nell'altra (pag. 361-362).

(3) V. SCIALOJA, cit. *Lezioni*, pag. 338-339.

stetur. Oppure, per altro verso, si aprirà alle liti larga breccia, chè il creditore, forte di questa verità che atti di colpa lata sogliono essere l'esponente del dolo, si assumerà di provare premeditati quegli atti, nel qual caso vedemmo anche dagli oppositori nostri affermata la responsabilità del debitore ad onta delle più larghe espressioni di quel bill d'indennità preventivo.

Parmi che siffatte osservazioni di carattere eminentemente pratico bastino a salvarci dall'accusa di dottrinarismo e di esagerato ossequio alla tradizione romanistica e servano a controbilanciare per lo meno certe altre esigenze della vita industriale e commerciale che taluno invoca a difesa del patto in questione. Esso può, nota il MUSATTI, in certe contingenze speciali della vita e dei suoi scambi molteplici, rappresentare la maggiore convenienza reciproca delle parti che contrattano. Può darsi che una certa industria di minimo rendimento non possa essere esercitata che, poniamo per ipotesi, con scarso personale di servizio, con materiale mediocre, con controlli sommarî e in compenso di tutto ciò a prezzo basso. Le circostanze in cui l'esercizio si svolge importano mediocre provvidenza dei mezzi occorrenti a raggiungere il fine contrattuale, mentre una diligenza astratta, normale le vorrebbe e dovrebbe evitare. L'industriale offre il suo servizio (es. trasporto) *sic et sic*. Chi è disposto a pagar poco per quel poco di servizio accetta l'offerta dell'industriale *sic et sic*. Per tuttociò trova sua convenienza a contrattare e ad accettare la clausola che esonera il suo venditore da colpa. » In queste ultime parole poste a raffronto con le precedenti si annida, s'io non erro, un equivoco. Altro è accettare un determinato servizio, per dir così, a scartamento ridotto, altro è convenire *genericamente* esonero da responsabilità per qualsiasi colpa, per quanto grave. Ed è invece soltanto a questa generica e così lata clausola di irresponsabilità che noi ci opponiamo. Quando si conclude il contratto consentendo al debitore, ripeto le parole del MUSATTI, una *mediocre* provvidenza dei mezzi occorrenti a raggiungere il fine contrattuale, mentre una *diligenza astratta*, *normale* provvederebbe altrimenti, sarà il caso di parlare di irresponsabilità per *culpa levis*, che noi pure ammettiamo, non di quella per le future colpe gravi nell'esecuzione del preciso contratto pattuito. Le prestazioni assuntesi dal debitore siano pure per accordo fra le parti assottigliate in confronto al *tipo normale* di quel dato negozio; ciò servirà soltanto a *delimitare* l'oggetto del contratto nel concreto caso, ma poi entro quei limiti non è detto si possa per ciò solo commettere impunemente

qualsiasi grave colpa. Si paga poco per *quel poco di servizio* convenuto, ma quel poco di servizio segna pur sempre l'àmbito di una data prestazione, entro il quale àmbito (è questo e non altro il nostro assunto) non varranno preventive promesse di immunità a salvare perfino dal rispondere di una *nimia, dissoluta neglegentia* (1).

Circa l'applicabilità degli esposti principî alla speciale responsabilità incombente agli osti, albergatori e vettori, pur rinviando ai trattati speciali sull'argomento, piacemi segnalare l'Art. 4 del Progetto di legge pendente ora dinanzi alla Camera dei Deputati (v. *supra*, n. 110, pag. 442) che suona: « Non valgono ad escludere o restringere la responsabilità dell'albergatore le dichiarazioni da lui fatte anche mediante avvisi nei locali dell'albergo, intese ad eliminare o limitare tale respon-

---

(1) In uno dei suoi pregiati *Scritti varii di Diritto privato* (Vol. I, 3ª ediz. Torino, Unione 1913) il COGLIOLO dichiarava che, benchè la tendenza moderna delle grandi imprese, specie di servizî pubblici, sia di stipulare l'esonero da ogni responsabilità, tale esonero non potesse arrivare fino ad escludere la colpa grave ed il dolo « perchè il tradizionale concetto romano sopra citato [*latiorem culpam dolum esse*] non è fondato solo in ricordi storici, ma *su l'essenza stessa delle contrattazioni sociali* » pag. 361. Ma poi in altro studio (Vol. II, stesso luogo ed anno) mutò avviso: « L'osservare ciò che accade in pratica dove i commerci usano largamente del patto di esonero da qualunque colpa, mi persuade della validità del patto... Giudicare della validità del patto *ne culpa praestetur* con la scorta di qualche testo romano è chiudere gli occhi all'imponenza dei fenomeni economici ecc. » pag. 139-140. Il male si è che così, con danno degli stessi interessi della vita commerciale avuti principalmente e giustamente di mira, cade di sana pianta un terzo studio dello stesso Autore (Vol. I pag. 243-254), ov'era strenuamente sostenuta la responsabilità dello Stato per gli errori telegrafici (checchè dichiari in contrario lo Stato coi suoi regolamenti) per ciò sovra tutto che nessun contraente può con riserve contrattuali togliersi alle conseguenze del suo *dolus* e della sua *culpa lata*, pag. 248, dove a rafforzare la massima opportunemente si ricorda che anche per le clausole delle polizze di carico lo stesso Congresso di Anversa che ne ammise la validità fece un'eccezione per il caso di responsabilità *pour toute baraterie, tous faits, actes et négligences ayant le caractère de la faute lourde* ». Tuttociò io noto non per censurare affatto il coscienzoso mutamento di idee del valoroso Collega, ma per porre in rilievo che in fondo non si può imputare di feticismo alle antiche dottrine e di miopia di fronte alle esigenze e al maggior utile del mondo commerciale chi persiste, come io faccio, nell'antico insegnamento.

sabilità o a subordinarla a condizioni non stabilite dalla legge ». Il che armonizza coi migliori insegnamenti della dottrina e responsi della giurisprudenza pur nel silenzio dell'attuale legislazione, non potendosi ammettere vincolato il viaggiatore da dichiarazioni a stampa dell'albergatore, del tutto unilaterali.

Un cenno a parte merita poi l'Art. 416 del Codice di commercio, con cui si chiude il Titolo che tratta del trasporto. In vista di quel monopolio che esercitano lo Stato e le Compagnie ferroviarie, a cui non c'è possibilità di far concorrenza, e della cui opera è pur necessario servirsi se non si vuole isolarsi dal mondo e dalla corrente degli affari, stabilisce quell'articolo che siano nulle e di nessun effetto, anche se permesse da regolamenti generali o particolari, le stipulazioni che limitino o escludano nei trasporti per strada ferrata le obbligazioni e le responsabilità stabilite in varî articoli del Codice commerciale, facendo solo eccezione pel caso che alla limitazione di responsabilità corrisponda una diminuzione del prezzo di trasporto stabilito nelle tariffe ordinarie, offerta con tariffe speciali. Non ispetta al presente corso l'illustrare questo articolo, non il porlo a raffronto con la Legge del 1885 sulle Convenzioni ferroviarie, le quali sembra ne abbiano svisato il senso qualificando speciali le tariffe differenziali. A me basta invocarlo soltanto come solenne conferma della massima generale, che tenga il patto *ne culpa praestetur* (salvo che si scenda fino all'esonero dalla colpa lata). Se questo patto fosse, come pur taluno pretende, incompatibile con la pubblica moralità, inquanto cresimasse la noncuranza e la leggerezza dei contraenti (1), non si saprebbe comprendere come il legislatore medesimo lo avesse ammesso nel caso contemplato dall'Art. 416 del Codice di commercio

---

(1) Come sostiene, p. es., il CALUCI, *Del contratto di trasporto*, nel Vol. IV del Commento al Codice di commercio di Verona (Verona-Padova, Drucker e Tedeschi 1883), n. 257, pag. 333 (Cfr. pure gli autori ivi citati pro' e contra la validità della clausola in generale). Sarebbe l'eccesso opposto di quello lungamente combattuto poc'anzi circa la validità del preventivo esonero persino dalle conseguenze della colpa lata.

(alla sola condizione dell'offerta di tariffe speciali a prezzi di trasporto ridotti (1)).

Dobbiamo finalmente notare che il patto *ne culpa praestetur* non terrebbe affatto, cioè nemmeno se non giungesse sino all'esonero da colpa grave, nei casi in cui urterebbe contro ragioni di ordine pubblico, per esempio nei trasporti di persone, essendo l'incolumità personale cosa da guarentirsi rigidamente, senza consentire che possano le parti interessate in qualsiasi misura permettere che si menomino le cure ad essa dirette (2).

L'ammissibilità, da noi in massima sostenuta, del previo patto *ne culpa praestetur* vale soltanto per la colpa contrattuale, sì da costituirne uno dei punti differenziali dalla colpa aquiliana, od è comune ad entrambe? Di questo argomento toccherò brevemente nel numero che segue, consacrato ad un riassunto delle cose esposte nel presente paragrafo e ad un rapido parallelo con la colpa aquiliana. Parallelo, ho detto rapido perchè una trattazione più diffusa è riservata, come già altrove si è avvertito, al momento in cui si dirà *ex professo* dei delitti e dei quasi delitti. (v. *supra*, n. 103, pag. 395).

111 bis. Ben può dirsi fondamentale nel tema della colpa l'argomento dell'entità e graduazione di essa e però si spiega se, pur limitandomi per ora alla contrattuale soltanto, vi ho consacrato nel presente paragrafo una trattazione relativamente estesa. Riassumo. Dove esiste una obbligazione si è in colpa se non la si adempie con la diligenza del buon padre di famiglia, tipo astratto, plastico e quanto mai adattabile a qualsiasi varietà di circostanze, desumendosi da una media statistica di quel momento e in quel luogo ove il debitore è chiamato ad eseguire la prestazione che gli incombe. Solo nel caso del deposito ci siamo imbattuti in un metro di diligenza diversa e per sè stante,

---

(1) Nè persuade poi quanto scrive il CALUCCI sotto l'Art. 416, senza badare che questo articolo permette la esclusione o limitazione, per effetto delle tariffe speciali, non di *obbligazioni* solo, ma altresì di *responsabilità* incombenti a Compagnie ferroviarie.

(2) Cfr. FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 297-298.

la cosidetta *diligentia quam suis*. Il legislatore poi nell'Art. 1224 preannunzia casi di maggiore o minor rigore nell'applicazione della predetta regola fondamentale. Nei casi di minor rigore vedemmo non potersi però spingere la tolleranza (salvochè lo comandi un testo esplicito di legge) sino a quel grado di rilassatezza dal quale comincia la *culpa lata*, quella *culpa lata* che, pur differenziandosi intrinsecamente dal dolo, confina con esso; donde l'inammissibilità persino di una pattuizione che previamente dispensi il debitore dal risponderne. Quando poi siamo passati a indagare i casi di maggior rigore, li abbiamo ridotti, per via di eliminazione, ai due dei vettori e degli albergatori, dove, alla stretta dei conti, si ha responsabilità senza colpa, tanto che dottrina, giurisprudenza e recenti progetti di legge operano oramai in materia col criterio del rischio professionale.

Se ora istituiamo il raffronto con la colpa aquiliana, troviamo dominante in dottrina e in giurisprudenza, sia in Francia che presso di noi, la massima che essa non ammetta gradi: non ci si ferma cioè alla colpa lieve, ma, sia pur tenuissima la colpa, sempre si vuole che il danneggiante risponda e s'invoca il noto passo « in lege Aquilia et levissima culpa venit » (v. s. pag. 403, nota 3), come pure la generalità dei termini dell'Art. 1151 (1382 Cod. francese). Contro siffatto insegnamento, notoriamente così diffuso da rendere superflue specifiche citazioni, insorgono taluni molto serî scrittori, i quali, come già si è avvertito (v. s. n. 103, pag. 396), negano la distinzione fra colpa contrattuale e colpa aquiliana. Essendo questo il primo e certo tra i fondamentali criterî della tradizionale bipartizione delle colpe, è naturale che contro di esso cotesti oppositori appuntino le loro freccie più acute.

Cominciamo dal Planiol. Egli obbietta che quel che varia dall'una all'altra ipotesi è *l'estensione dell'obbligo*, non la *gravità della colpa*. Nel caso della cosidetta colpa aquiliana siamo in cospetto di una generica obbligazione, ordinariamente negativa, imposta dalla legge a tutti gli uomini (non recare attacchi alla vita, al corpo, alla libertà, alla proprietà o ad altri diritti di chicchessia): tenuti pertanto ad una generica asten-

sione pura e semplice, ne viene che per poco si agisca in contrario si ha contravvenzione e colpa. Invece quasi tutte le obbligazioni convenzionali hanno un oggetto positivo: sono obbligazioni di fare. Ora queste sono necessariamente suscettibili di più o di meno: l'estensione variabile dell'obbligazione dà pertanto occasioni più o meno facili di commettere delle colpe, ma anche qui entro i limiti in cui l'obbligazione esiste può dirsi che qualsiasi contravvenzione a siffatta obbligazione costituirà una colpa per quanto leggera essa sia (« *quelque legère qu'elle soit* ») (1). Il testo dell'Art. 1137, soggiunge il PLANIOL, che scrive intorno al Diritto francese, è così chiaro, che c'è da meravigliarsi non sia stato da tutti inteso a questo modo. Vi si legge.: « Cette *obligation* [de veiller à la conservation de la chose] est *plus ou moins étendue* relativement à certains contrats... » « È dunque l'obbligazione che varia in estensione e non la colpa in gravità ».

Prendo le mosse da queste ultime parole per osservare che siffatto argomento letterale, quando pure avesse qualche peso in Diritto francese, non sarebbe invocabile da noi di fronte alla mutata dizione dell'Art. 1224 del nostro Codice, che non comincia già il 1° comma con le parole « l'*obbligazione* di vegliare alla conservazione della cosa ecc., per soggiungere poi nel capoverso: « *questa obbligazione* è più o meno estesa ecc. », ma invece si apre con la dichiarazione, generale per ogni specie

(1) PLANIOL, cit. *Traité*, II, n. 883-886, pag. 290-291; sul modo di porre la questione concordano con lui SALEILLES, *Op. cit.*, n. 16, pag. 15 e GRANDMOULIN, autore di una *Thèse de doctorat* pure citata dal PLANIOL, tesi che non mi fu possibile di procurarmi. Parrebbe in quest'ordine d'idee il BRUGI nella nota 14 del § 26 delle sue *Istit. di Dir. civ.* 3ª. ediz. (Milano Soc. ed. libr. 1914) pag. 230, ove scrive: « Chi entra in relazioni contrattuali conta sulla più scrupolosa esecuzione del contratto e vorrebbe esclusa anche quella *levissima culpa* che si dice propria soltanto della colpa extracontrattuale ». Più diffusamente in altro scritto, da lui stesso in detta nota ricordato, l'illustre Collega erasi schierato fra gli Autori che oppugnano la distinzione di gradi fra le due specie di colpa. Alludo alla sua nota a sent. 4 Maggio 1907 della Corte di Cassazione di Roma (causa De Bernardi-Guidacciolin) in *Riv. del Dir. comm.*, VI (1908) p. II, pag. 13-18.

di obbligazioni, « *La diligenza che si deve impiegare* nell'adempimento... è sempre quella di un b. p. f. » e al capoverso soggiunge « *Questa regola* per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore ecc. », evidentemente accennando alla *regola circa il grado di diligenza* da impiegare e non già ad un oggetto più o meno esteso dell'obbligazione. Ma del resto anche col testo francese, benchè meno felice assai del nostro, pare insostenibile l'interpretazione del PLANIOL, la quale farebbe dire all'Art. 1137 di quel Codice una inutile banalità. Che il legislatore, posta la regola della *diligenza con la quale* si deve vegliare alla conservazione della cosa dovuta, preavverta che però s'incontreranno casi di maggior o minor rigore, cioè casi in cui quella diligenza si vorrà in un grado più o meno elevato, è cosa che ha senso e armonizza con lo scopo dell'articolo dettato appunto per segnare il grado di diligenza da adibirsi. Invece era del tutto irrilevante, superfluo e, torno a dire, banale il dichiarare che quella regola, rimanendo sempre inalterata, troverà un campo in cui muoversi più o meno esteso secondochè maggiore o minore sia il numero di obbligazioni inerenti a questa o a quella figura giuridica. Non perdiamo di vista, per carità, l'oggetto della nostra ricerca. Noi stiamo indagando se la colpa, che è sempre inesecuzione imputabile di un obbligo, sia da trattarsi pel grado diversamente secondochè versiamo o no in rapporti contrattuali (meglio, secondo noi, secondochè preesiste o no una obbligazione in senso proprio). Ora che in mille modi ed incontri possa violarsi l'obbligo generico negativo la cui inosservanza è delitto o quasi delitto, e solo in un numero più ristretto di contingenze questa o quella figura contrattuale è cosa del tutto indifferente. Il quesito si pone sempre di fronte ad un concreto singolo inadempimento di questo o quell'obbligo, qualunque ne sia l'entità e l'estensione, per decidere se è inadempimento fortuito, o invece doloso o colposo e si tratta di vedere se, per ciò che concerne la colpa, debba adottarsi un metro diverso nel giudicarne secondochè l'infrazione sia di uno degli obblighi compresi nel generico precetto negativo del *neminem ledere*, o

invece di uno dei limitati doveri il cui fascio preciso ci dà questa o quella figura di obbligazione patrimoniale.

E allora sorge un altro ordine di considerazioni. Studî di insigni romanisti pare abbiano smontato oggimai il senso che soleasi attribuire al famoso passo « in lege Aquilia et culpa levissima venit », dimostrando che la legge Aquilia non esigeva per nulla una diligenza assoluta superiore all'ordinaria del *bonus paterfamilias*, la quale bensì variamente si atteggia secondo le circostanze di fatto diverse (1). Ed è ragionevole, si dice, che fosse così, perchè dall'uomo, in qualsiasi contingenza si trovi, contrattuale od extracontrattuale, nulla si ha da esigere di più di questo, ch'egli si comporti con quel tanto di attenzione e di cure che qualificano la diligenza normale. Di conseguenza entro questi limiti stessi va contenuta quella *colpa* di cui genericamente fanno parola sotto il Titolo dei delitti e dei quasi delitti l'Art. 1382 del Codice francese, l'Art. 1151 del nostro (2).

Obbietto (è la solita antifona) che se al Diritto romano il civilista risale per averne luce nell'interpretazione della volontà della legge nostra, cioè per trarne fuori quella *intenzione del legislatore* di cui parla l'Art. 3 del Titolo preliminare del Codice, bisogna lo prenda quale era inteso all'epoca della codificazione e non quale la posteriore progredita dottrina è riuscita a configurarlo. Ora non si contesta avere i compilatori del Codice francese (qui riprodotto tal quale dal nostro) interpretato l'*et levissima culpa* del testo nel vecchio senso e voluto accogliere la dottrina, sia pure esagerata, dei giuristi del tempo,

---

(1) Cfr. particolarmente PERNICE, *Zur Lehre v. d. Sachbeschädigungen nach röm R.* (Weimar Böhlau 1867), pag. 64 e segg., E. GRUEBER, *The roman Law of damage to property* 64 e segg. (Oxford, Clarendon 1886), parte esegetica, pag. 126 e segg., parte dommatica, §. 7, pag. 222 e segg., COGLIOLO, *cit. Scritti* I, pag. 180-192, II, pag. 130-140 (particolarmente pag. 134-136), FERRINI, cit. v. *Danni* (*Azione di*) in *Enciclop. giur. it.* n. 19-21, pag. 20-23. V. pure la nota del BRUGI in *Riv. del Dir. comm.* VI, ricordata poc'anzi.

(2) V. particolarmente FERRINI, *Op. cit.*, n. 96 e segg. pag. 75 e segg. e COGLIOLO *loc. cit.* Consultisi pure la nota del CARNELUTTI, ricordata *supra* a pag. 401 nota 1.

quale emergeva (lo riconosce pure il FERRINI) dalle elegantissime parole del NOODT, premesse alla sua trattazione *de lege Aquilia*. « Ciò si rivela chiarissimo, confessa lo stesso FERRINI, da que' lavori preparatorii ». Quello stesso legislatore pertanto che, quando ha voluto romperla coi vieti insegnamenti sulla colpa contrattuale lo ha detto espressamente, dichiarando di non più commisurarla al criterio della utilità delle parti e ponendo il solo fondamentale criterio della diligenza del b. p. f. (Art. 1137 Cod. fr., Art. 1224 Cod. nostro), a ragion veduta parla invece di colpa in genere, senza determinazione di gradi, in fatto di delitti e di quasi delitti.

Ma quando pure si voglia sottoscrivere a quei più moderni criterî di ermeneutica che astraggono dalle dottrine volute fissare dal legislatore se per fortuna egli abbia adottato espressioni così larghe ed elastiche da prestarsi all'accoglimento di dottrine diverse e persino opposte, mi si consentirà tuttavia che di tanta indipendenza dal pensiero del legislatore non si abbia a far uso se non in caso di assoluta necessità e quando sia provato un mutamento di condizioni ed esigenze sociali contro cui urti manifestamente la concezione legislativa originaria. Che ciò ricorra nel caso nostro è cosa di cui fortemente io dubito. Una corrente notevolissima di idee, che si afferma rispondente ai bisogni della complessa e multiforme attività umana nella vita odierna, si è formata da tempo e viene ognidì ingrossandosi entro il vecchio alveo dei delitti e dei quasi delitti: è quella corrente che dicesi della responsabilità obbiettiva, o responsabilità *senza colpa* (1). Nè soltanto come voto *de lege ferenda*, ma come principio da accogliersi su larga scala pure nell'interpretazione del Diritto vigente; donde i noti

---

(1) Su questo movimento veggasi, tra noi, specialmente VENEZIAN, *Op. cit.*, N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa* in *Riv. it. per le sc. giuridiche*, XXIII (1897), pag. 188-216, V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile* ecc. in *Archivio di Dir. Pubblico*, III (1893), pag. 241-269 e 321-378. GABBA, *Il danno incolpevole* in *Nuove questioni di Dir. civile*, Vol. I (Torino, Bocca 1905), pag. 239-276. E la confutazione in RICCA-BARBERIS, *La responsabilità senza colpa* (Torino, Camilla e Bertolero 1900) e in G. CHIRONI, cit. *Lo stato di necessità*, pag. 89-103.

sforzi di ermeneutica per estendere la cosidetta responsabilità pel fatto delle cose (*du fait des choses*) oltre i casi che risulterebbero dal preciso tenore degli Art. 1154, 1155 del Codice nostro (Art. 1385, 1386 del Codice francese), e addirittura il volo audace di un eminente e modernissimo giurista come il SALEILLES, asserente che la parola colpa nell'Art. 1382 Cod. fr. (1151 Cod. nostro) non significa affatto colpa subbiettiva dal punto di vista giuridico, che cioè non occorre essere colpevole nella propria volontà, ma basta essersi appropriato volontariamente un fatto suscettibile di causare dei rischi (1); in altre parole sul terreno aquiliano colpa significherebbe volontaria causalità e ciascuno risponderebbe dei danni recati altrui con fatti da lui volontariamente compiuti senza alcuna indagine sul concorso o no di negligenza da parte sua. Anche codesto indirizzo verrà a suo luogo esaminato e sottoposto alla critica. Ma intanto io mi domando se, mentre fermentano nel nostro mondo giuridico idee simili, giunga in buon punto una tendenza diametralmente opposta, la quale, attenuando il tradizionale criterio di colpa aquiliana, lasci scoperti da indennizzo un numero di casi anche maggiore di quelli che rimarrebbero fuori pure adottando il rigoroso apprezzamento di colpa divisato dal legislatore. Non sarebbe piuttosto da credere che fra le due opposte correnti moderniste il pensiero originario che ispirò la legge rimanga più che mai vivo e vitale, come quello che rappresenta ancora il giusto mezzo? (2).

---

(1) SALEILLES, *Les accidents du travail et la respons. civile* (Paris, Rousseau 1897), pag. 43 e segg.

(2) Ciò tanto più dacchè chi non crede si possa prescindere in materia di danno dalla colpa, lamenta tuttavia la odierna mancanza di taluna eccezione che facevasi a tal principio in Diritto romano. Così il BONFANTE a proposito di rapporti di vicinanza nota che, se da uno stabilimento industriale partano immissioni nocive (di fumo, gaz ecc.) oltre il normale nella proprietà altrui, non soccorre più l'istituto della *cautio damni infecti* nella sua genuina estensione romana, per cui esso creava una responsabilità senza colpa per i danni derivanti da una qualunque attività giuridica esercitata dal vicino. Si potrà soltanto oggigiorno, egli nota, « negli stabilimenti industriali con la maggior facilità presumere quella *levissima culpa* che la

Resta da affacciare l'obbiezione del non potersi razionalmente esigere una condotta che sorpassi la diligenza del b. p. f. Rispondo che, dal momento che il concetto del b. p. f. rappresenta una semplice *media* statistica, è tutt'altro che inconcepibile e strano che in certi casi la si voglia sorpassata; non è ciò forse esplicitamente ammesso nel capoverso dell'Art. 1224, già così a lungo da noi illustrato? Ora vi ha buon motivo a considerare le cose in tal guisa in tutta quella svariatissima serie di casi (delitti o. q. d.) in cui danno si arreca con lo esorbitare comunque dalla propria sfera di azione per invadere, poco o molto, l'altrui. Quello che potremo concedere è che non sia il caso per questo di crearsi un tipo a sè di colpa col nome di colpa levissima versando noi in una materia, la colpa, nel cui apprezzamento, per le circostanze che concorrono a costituirla, ha tanta parte il criterio del giudice, che non è uno strumento automatico di precisione destinato a segnare persino il millimetro o la frazione di millimetro. L'essenziale è l'aver dimostrato che, mentre in materia di colpa contrattuale impera il criterio della media diligenza, sempre qualche cosa di più si richiede in riguardo ai delitti o. q. d. e che regge quindi tutt'oggi in riguardo alla rispettiva entità e graduazione la ragion del distinguere fra le due specie di colpa.

Vengo all'ultimo punto riservato in sulla fine del numero che precede. Tiene il patto di non responsabilità anteriore al fatto ilecito? Non potrebbe esser dubbia la negativa se si trattasse di un patto generico *ne culpa praestetur*, se cioè fra due persone non legate da alcun vincolo obbligatorio si convenisse a priori che eventuali danni recati dall'una all'altra sfuggiranno al risarcimento imposto dagli Art. 1151 e segg. del Codice. Questo per una ragione pregiudiziale alla indagine sulla moralità del patto, cioè pel motivo che si può bensì rinunciare a futuri eventuali diritti, ma purchè non si tratti di rinunzia generica: dev'essere specificamente determinato l'oggetto a cui la

---

legge Aquilia esige » nota a sentenza 31 Dicembre 1909 del Trib. di Perugia in *Foro it.* XXXV (1910) col. 1431-1432.

rinuncia si riferisce (1): proprio come non terrebbe una clausula compromissoria generica, onde due persone convenissero di ricorrere ad arbitri (ch'è come dire di *rinunziare* alla giurisdizione ordinaria) per tutte le questioni patrimoniali che potessero *ex quacumque causa* sorgere in avvenire fra loro. Fermato questo punto preliminare, che d'ordinario non mi sembra posto nel debito rilievo, e ricordando altresì che ove sono in giuoco ragioni di ordine pubblico, come l'incolumità personale, nemmeno la colpa contrattuale (*a fortiori* dunque non l'aquiliana) può essere preventivamente condonata (v. n. precedente, pag. 464), è manifesto che la portata pratica del quesito si restringe immensamente. Di qui una certa fatica da parte di chi sostiene valido il patto per escogitarne esempi pratici nei quali il patto stesso non abbia il suo uncino in alcun rapporto obbligatorio già sussistente fra le parti. Posto che l'ipotesi, per quanto rara in realtà, si presenti, l'insegnamento più diffuso, altra volta da me pure seguito, condanna il patto, onde si avrebbe qui nuova differenza fra colpa contrattuale ed extracontrattuale. Contro il delitto, si dice, ogni riserva convenzionale è impotente (2): nessuna convenzione può impedire la nascita delle obbligazioni *ex delicto* o *quasi ex delicto* (3). Ma sin qui non abbiamo, nota bene il LABBÉ, che delle frasi vaghe, generali, poco definite (4): delitto è parola assai grossa che fa

(1) Che il patto *ne culpa praestetur* si risolva in una rinunzia a diritti eventuali è bene dimostrato dal FADDA, cit. *Teoria del negozio giuridico*, §. 85, pag. 109.

(2) THALLER, su SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie* in *Annales de Dr. commercial*, T. I (1886-87), p. I, pag. 126.

(3) CHARVERIAT, nota a sent. 19 Aprile 1886 della Cass. francese a pag. 41 della p. II della medesima annata degli *Annales de Dr. comm.*

(4) LABBÉ, *À propos des clauses de non responsabilitè* nella stessa annata degli *Annales de Dr. comm.* p. I (pag. 185-188), pag. 188. In questo articolo ed in altro pure ivi inserito a pag. 251-255 col titolo *Nouvelle comunication sur les clauses de non responsabilité* il LABBÉ vigorosamente sostiene la validità del patto contro il THALLER, la cui risposta e replica susseguono immediatamente. Il CHIRONI (*Colpa extracontr.* Vol. II, n. 550 pag. 588, nota 1 (2ª ediz.) cita a

certamente impressione, ma quando si pensa che versiamo in tema di delitto civile e che noi stessi mettiamo fuori tutti i casi in cui trattisi di offesa all'incolumità o ad altro simile diritto della persona, quell'impressione scompare, rimanendo sul tappeto una pura questione di ragioni patrimoniali. Più diffusa motivazione dell'inammissibilità del patto e della differenza in argomento fra le due specie di colpa ci dà il CHIRONI. Giova riferirla testualmente: « Volere a favor di una persona la immunità di offesa che possa commettere, è spingere a commetterla, è favorire il dolo, o espressamente od occultandolo sotto l'apparenza della colpa se il patto concerne la sola *colpa* in senso stretto; e la regola di diritto che reprime così rigorosamente l'ingiuria, non può permettere che un privato metta la sua legge speciale del contratto al di sopra della norma generale, e derogarvi . . ; finchè si tratta d'ingiuria non ancor avvenuta, rimane inderogabile la regola che il dare illecita offesa è vietato. Nella colpa contrattuale domina il principio opposto, con la limitazione pel dolo a ragion del rispetto all'ordine e alla morale pubblica e, a ragion di volontà presunta o della legge, per la colpa grave (1): ma qui si ha un rapporto di obbligazione cui il patto intorno la colpa s'unisce: la diligenza sull'esecuzione, è perciò un oggetto sul quale le parti possono consentire valevolmente » (2). Tale ragionamento non mi persuade. Se fosse valido l'argomento che il patto in questione è per sè solo spinta a commettere offesa e così favorisce il dolo occultandolo sotto le apparenze della colpa, non dovrebbe il CHIRONI ammetterne la validità

---

torto oramai il LABBÉ come contrario alla validità del patto e ciò perchè egli si è fermato a scritti dell'eminente giurista francese, anteriori ai due or ora da me ricordati, nei quali sta il fatto ch'egli mutò radicalmente opinione.

(1) Strana questa riserva per la colpa grave da parte del CHIRONI, dopochè egli, come vedemmo, nella 2ª ediz. della *Colpa contrattuale* avea ritenuto valido il patto di non rispondere nemmeno di colpa lata. È forse un ritorno dell'illustre civilista alla contraria tesi già accolta da lui nella 1ª edizione?

(2) CHIRONI, *Colpa extracontr.*, Vol. II, n. 550, pag. 588 (2ª ed.).

nemmeno in materia contrattuale, dacchè in essa pure vige il divieto della clausola *ne dolus praestetur*. Vero è invece che, finchè si stia nel campo della colpa lieve, il patto, non sospetto di mascherare immunità per futuro comportamento doloso, dev'essere ammissibile qua e là. I limiti poi dianzi accennati nel circoscrivere la questione sul terreno pratico fanno scomparire la pretesa diversa entità fra l'esonerare da responsabilità per inesecuzione colposa di un contratto e l'esonerarne per lieve colpa nello inadempimento di un obbligo ben precisato a priori fra i tanti inclusi nel precetto generico di non recar danno ad altri (1).

§ 3.

Subbietti, effetto, prova della colpa contrattuale. Colpa del creditore nell' inadempimento dell'obbligazione.

SOMMARIO: 112. Subbietti. — 113. Effetto: rinvio. — 114. Prova: differenza fondamentale in confronto della colpa aquiliana. — 114 *bis*. Se le norme relative all'incendio di cosa locata presentino carattere eccezionale. — 114 *ter*. Inversione dell'*onus probandi* per accordo fra le parti. 115. Colpa del creditore nell'inadempimento dell'obbligazione.

112. È più lata la sfera delle persone che possono incorrere nella colpa aquiliana che non di quelle che possono incorrere nella contrattuale. Limitiamoci, per non entrare in questioni che avranno opportuno sviluppo altrove, al raffronto fra colpa aquiliana per delitti o quasi delitti e colpa nell'adempimento di contratti (Quanto ai quasi contratti infatti, la capacità di obbligarvisi (e rispondere quindi per essi di colpa) per parte di chi sarebbe incapace a contrattare è controversa, come

---

(1) Conf. FERRINI, cit. *Azione di danni* (in *Encicl. giur. it.*), n. 88, pag. 71-72. Eccepiti solo il dolo e la colpa grave, egli conchiude: « Io credo che bisogna essere ben gelosi dell'ordine morale; ma non bisogna crearsi delle illusorie esigenze etiche a scapito della libertà individuale. Come non si trova immorale che le parti modifichino in un contratto il relativo grado di colpa, perchè si dovrà trovar immorale che Tizio, che vuol giocare liberamente al pallone in piazza tutte le sere, ottenga da me la promessa che non lo terrò responsabile dei vetri rotti? »

si vedrà a suo luogo (1). Ci sono persone che non possono validamente obbligarsi per contratto e tuttavia possono incorrere in colpa aquiliana commettendo delitti o quasi delitti. Tali p. es. i minori, dichiarati incapaci di contrattare dall'Art. 1106, mentre invece l'Art. 1306 li pareggia ai maggiori di età per le obbligazioni nascenti da delitto o da quasi delitto. Sorta poi dal delitto o quasi delitto l'obbligazione del risarcimento a carico del loro patrimonio, torna ad essere inconcepibile ch'essi incorrano in colpa (che sappiamo essere anche qui contrattuale v. s., n. 103, pag. 400) nell'adempimento dell'obbligazione stessa, al quale dovrà pensare chi rappresenta per legge il minorenne e ne gerisce gli interessi (genitore o tutore). Anche per le donne maritate sta che possono incorrere senza limiti in obbligazione con atti illeciti (colpa aquiliana), mentre invece non possono da sè stipulare certi contratti (Art. 134) (2).

Ma la medaglia ha pure il suo rovescio, donde risulta nuova differenza, bensì nell'indirizzo diametralmente opposto, fra colpa contrattuale e colpa aquiliana: una differenza che si può razionalmente censurare e combattere, ma non, credo io, disconoscere allo stato della vigente legislazione, sia italiana che francese. Ricordiamo quel che si è detto a proposito di quella causa *estranea* al debitore non imputabile, nella quale soltanto l'Art. 1225 ravvisa giustificazione all'inadempimento dell'obbligazione (v. s., n. 84, pag. 335-336). Se per sùbita demenza il debitore distrugge la cosa dovuta, perdura tuttavia la ragione del creditore al risarcimento. Il danno invece recato fuor di rapporti contrattuali da una persona simile irresponsabile degli atti proprî, non autorizza il danneggiato a pretenderne da lui, e per lui dal suo patrimonio, rifusione. Nè è qui il luogo di dimostrare la inanità degli sforzi che i fau-

---

(1) Fin d'ora ricordo sull'argomento GUÉNÉE, *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats* in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XVI (1887), pag. 326-344 e FERRINI in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, Vol. 7.°, fasc. 1, e *La negotiorum gestio a favore di un incapace*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXV (1894), pag. 341-343.

(2) Cfr. CHIRONI, *Op. cit.*, n. 138, pag. 320.

tori della responsabilità aquiliana obbiettiva fanno per sostenere il contrario o per temperare almeno, sull'esempio di taluna legislazione straniera, il rigore di siffatta conclusione dedotta dal concetto di *colpa*, senza del quale l'art. 1151 (1382 Cod. francese) non si applica.

Torno a dire che la differenza di trattamento nei due casi non mi par certo plausibile, sicchè di gran cuore mi associo a chi fa voti perchè essa scompaia dalla nostra legislazione (1).

113. Effetto della colpa è l'obbligazione di risarcire i danni, e questo generale intuitivo principio è comune alla colpa contrattuale ed all'aquiliana, dato il nesso causale fra colpa e danni. Ma, secondo l'opinione di molti e forse de' più, dove la differenza risorge è circa l'estensione del nesso medesimo o in altre parole circa l'estensione dei danni da risarcirsi. Perchè, mentre trattandosi di colpa contrattuale, per esplicito disposto dell'Art. 1228, il debitore non è tenuto a risarcire altro che i danni immediati preveduti o che si potevano prevedere al tempo del contratto, molto si dubita sull'applicabilità di tal principio alla colpa aquiliana ed anzi pare, ripeto, prevalente la soluzione negativa (2). Quale spiegazione poi si soglia dare dell'Art. 1228 in quanto lo si ritiene applicabile alla sola colpa contrattuale, e che valore abbia, è cosa che si vedrà parlando della teoria dei danni ed interessi.

114. Quando si tratta di colpa contrattuale, esiste già, lo sappiamo, un vincolo obbligatorio, in virtù del quale il debitore si è assunto certi impegni da eseguire con quel grado di diligenza che vuole la legge e che, nel caso di obbligazione derivante da contratto, egli implicitamente accettò non

---

(1) Cfr. PASCAUD, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte* (Paris, Fontemoing 1906), pag. 190 e segg. Non è detto con ciò ch'io sottoscriva a tutte le argomentazioni del PASCAUD.

(2) Cfr. MOSCA, *Op. cit.*, pag. 7-8 e pag. 25-28. Ma il MOSCA è fra quelli che sostengono l'applicabilità degli Art. 1228, 1229 anche alla colpa aquiliana. Tesi che in questi ultimi anni ha acquistato nuovi adepti; si pensi agli autori, già ricordati, che in tutti i punti combattono la distinzione fra colpa contrattuale e aquiliana, in ispecie GABBA, *Op. e vol. cit.*, pag. 217 e segg.

inserendo nel contratto stesso alcun patto *ne culpa praestetur*. Orbene, stando così le cose, non c'è che da applicare l'Art. 1312, già altra volta citato, per concludere che non è già il creditore che debba provare la colpa del debitore inadempiente, ma il debitore che deve, se vuole sfuggire agli effetti della colpa, dimostrare che l'inadempimento non è colposo, ma proviene da eventi a lui non imputabili. Tocca infatti, per quell'articolo, a chi sostiene di essere stato liberato da un'obbligazione il provare il pagamento od altro fatto che la estinse. In altre parole, fino a prova in contrario, il creditore giustamente supporrà che il debitore, usando la diligenza che gli incombeva, avrebbe potuto adempiere l'obbligazione e lo terrà responsabile. Quando invece si tratta di colpa aquiliana, è lo stesso Art. 1312 che porta al risultato inverso. Obbligazione non preesisteva, è anzi la colpa che l'ha fatta nascere: ora poichè giusta le prime parole di quell'articolo, chi domanda l'adempimento di una obbligazione deve provarla, è il danneggiato, che si fa avanti qual creditore per ottenere il risarcimento, che dovrà dimostrare la colpa del danneggiante onde originò l'obbligo della rifusione dei danni. Nè si dica che, esigendo che il debitore dimostri la sua irresponsabilità per escludere la colpa contrattuale, anzichè il creditore la colpa di lui nell'inadempimento dell'obbligazione, veniamo senza ragione ad usare due pesi e due misure in confronto al caso del dolo, dove abbiamo visto che tocca al creditore, se lo sostiene, il provarlo (v. s., n. 99, pag. 388). È infatti regola comune di Diritto che dolo, mala fede, deliberata volontà di nuocere non si presumano: quisque praesumitur bonus donec probetur malus, e lo attesta l'Art. 702 in tema di possesso col dire: «La buona fede è sempre presunta e chi allega la mala fede deve darne la prova». Naturale quindi che se, rimasta inadempiuta l'obbligazione, il creditore voglia conseguire quei maggiori effetti dell'inadempimento, in altre parole quel più largo indennizzo ch'è conseguente al dolo anzichè alla colpa, debba provare il dolo medesimo; ma s'egli ciò non pretenda e si accontenti degli effetti inerenti ad una inesecuzione colposa, non siamo più

sul terreno odioso di una presunzione di mala fede o di dolo ed hanno libero corso i principî di sistema probatorio dianzi indicati (1).

Anche questo insegnamento tradizionale circa l'onere della prova quale nota differenziale fra le due specie di colpa, insegnamento che può vantare tuttoggi autorità dottrinali tutt'altro che insensibili alle moderne esigenze (2), ha contro di sè quella corrente di novatori ad oltranza che già abbiamo incontrata sovra altri punti. C'è intanto chi osserva che l'obbligo del risarcimento conseguente all'obbligazione inadempiuta forma oggetto di una *obbligazione nuova*, tuttochè succedanea a quella originaria, e che perciò anche in materia contrattuale non basta provare l'originaria obbligazione, ma bisognerà altresì provare il fatto onde sorse l'altra in sua vece, cioè l'inadempimento di quella. Vero, si soggiunge, che « nella pratica non sempre questa regola è osservata con rigore; quasi sempre anzi quando l'inadempimento si concreta in una omissione, si usa legittimare con la mancata prova della liberazione dall'obbligo originario non solo la condanna all'adempimento di questo, ma ai danni e alle altre conseguenze dell'inadempimento »; ma si afferma essere questo « un abuso della norma contenuta nell'Art. 1312 » (3). Per verità in una materia come questa che è piuttosto, lo dirò col compianto FERRINI, « di sicuro intui-

---

(1) C'è anzi persino chi insegna che « toute violation dolosive d'un contrat par un débiteur fait peser sur celui-ci *une responsabilité delictuelle* » HUGUENEY, cit. *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, pag. 231. Dato il quale concetto, che lascio ora qui di discutere, diventa applicazione normale delle regole sull'onere della prova che stiamo esponendo l'obbligo pel creditore di provare il dolo e non la colpa del suo debitore.

(2) Basti ricordare SALEILLES, *cit. Étude sur la th. gén. de l'obligation*, n. 333, pag. 436 (2. ediz.) e fra i nostri CHIRONI, *Colpa extrac.* I, n. 15, pag. 54 e II, n. 553, pag. 593-594, LUIGI GIANTURCO, *Appendice ai* §§. *1144-1156* della trad. it. delle *Pandette del* GLÜCK (Libro XXII, Tit. III), pag. 446, 447, C. LESSONA, *Trattato delle prove*, Vol. I (3.ª ediz. Firenze, Cammelli 1914), n. 108, pag. 188.

(3) CARNELUTTI, cit. nota *Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, pag. 747-748.

to pratico che non di lunghe disquisizioni teoriche » (1), codesta confessione che ci viene *ex adverso* è di non lieve peso. Ma poi osservo che anche secondo il rigore dei principî la pratica vigente è correttissima sempre che trattisi di assoluto inadempimento (non di adempimento semplicemente viziato o imperfetto) di un'obbligazione positiva (di dare o di fare). Il discorso avversario reggerebbe se fossimo in tema di novazione, cioè di sostituzione di un'obbligazione nuova all'antica, che per essa andò estinta: allora sì chi fa valere l'obbligazione novatrice deve provarla, non bastando certo che dimostri quella ormai novata. Ma qui invece è sempre l'obbligazione originaria in sè e nei naturali suoi sviluppi ed appendici che si fa valere; e che in tanta estensione la si faccia valere solo provandone l'originaria costituzione è naturale, perchè ciascuna parte è necessario, ma altresì sufficiente che provi i fatti giuridici di cui vuole avvantaggiarsi e perchè, accertato il rapporto obbligatorio, non vi ha motivo per non ritenerlo tuttora persistente. E chi lo pretende cessato che ne deve dare la prova (2). E se la darà, non sarà escluso che la condanna ai danni invocata dall'attore sia invece pronunciata a titolo di lite temeraria contro di lui per aver chiesto l'adempimento di un'obbligazione che sapeva o doveva sapere già eseguita. Ma se anche ciò non reggesse e fosse vero che sempre « tanto nei contratti quanto nei danni arrecati fuori contratto vale l'identico principio, che il creditore o chi si afferma tale deve provare a) il suo diritto che pretende leso, b) il fatto del preteso debitore » (3), errato sarebbe il dedurne, come si fa da

---

(1) FERRINI, cit *Azione dei danni*, n. 135 *ter*, pag. 104.

(2) A ciò portano le buone regole sull'*onus probandi* quali risultano dal GIANTURCO (L.), *loc. cit.*, che le espone ricordando fra i più eminenti il FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, sul quale v. pure il mio resoconto critico in *Archivio giuridico*, XLII (1889), pag. 344-355. Il FITTING vi giunge a sua volta in base al principio da lui posto, forse con troppa assolutezza, che *ogni non mutamento* nel senso di persistenza di un anteriore stato, non abbisogni di prova.

(3) COGLIOLO, cit. *Studi*, II, pag. 141.

taluno *ex adverso* (1) che dunque nei riguardi della prova nessuna differenza intercede fra le due ipotesi. La differenza, e profonda, resta sempre e concerne la colpa, elemento psichico essenziale, senza cui di regola non si dà diritto a risarcimento, perchè a ciò non basta il fatto materiale dell'inadempimento dell'obbligazione, ma vuolsi un inadempimento *colposo*. Orbene, la colpa, ch'è la causa genetica del dovuto indennizzo, non ha d'uopo di prova se è contrattuale, toccando allora al debitore l'escluderla se vuol essere assolto; se è aquiliana invece vuol essere dimostrata dall'attore e tutto ciò pel combinato disposto degli Art. 1312, 1225, 1151 Cod. civ. Tanto basta a contraddistinguere le due ipotesi persino trattandosi di *obligationes non faciendi*, il cui contenuto d'indole negativa pare che in verità più ci accosti al tema della colpa aquiliana (2). Certamente qui il creditore dovrà egli provare, pel gioco naturale delle regole sull'*onus probandi*, l'avvenuta contravvenzione, cioè il *fatto positivo* del debitore (3), ma poi basta; dovrà il debitore, se vuol salvarsi, dimostrare la causa estranea a lui non imputabile che gli fece fare ciò ch'ei non doveva a termini del contratto od altro titolo costitutivo della sua obbligazione. E l'Art. 1221 ne dà, s'io non erro, la riconferma statuendo che « se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione ». Invece chi agisce pel risarcimento di un danno aquiliano non basta, a tenor dei principî, che provi il solo fatto materiale della lesione patita, ma deve altresì dimostrarla imputabile a colpa dell'agente. Prova che gli sarà bensì agevolata dall'ammissibilità dei testimoni senza limiti di somma (Art. 1348) e dalla conseguente facoltà data sempre al giudice di argomentare la colpa (*praesumptio hominis vel*

---

(1) Così il COGLIOLO, *loc. cit.*

(2) Affaccio con questo particolarmente l'argomentazione recata contro la differenza in esame fra le due specie di colpa dal PLANIOL, *Op. e Vol. cit.*, n. 889, pag. 292-293.

(5) Cfr. WENDT, cit. *Unterlassungen und Versaümnisse*, §. 9, pag. 86-93.

iudicis) da circostanze gravi, precise e concordanti (1). Altra volta questa prova della colpa del convenuto che, addossata all'attore (il danneggiato) si direbbe a primo aspetto di una difficoltà immensa, è facilitata dal fatto che la negligenza si concreta nel non aver adibite certe misure precauzionali, le quali pure incombevano al danneggiante prima di compiere quel tale atto riuscito nocivo ai terzi; misure precauzionali che non alterano ed anzi avvalorano il carattere negativo (non ledere) dell'obbligo violato, dacchè sono semplicemente preordinate a guarentirne l'osservanza, come mezzo a fine (2). Ecco dunque che in tali casi il danneggiato avrà esaurito il suo *onus probandi* nei riguardi della colpa fornendo la non ardua dimostrazione che quella tale misura preventiva non era stata adottata, che p. es. non era stato messo alcun segnale onde avvertire i passanti dello scavo di un fosso.

C'è finalmente chi (3), prendendo di mira la estensione da noi accolta del concetto di colpa contrattuale, tale cioè da investire l'inadempimento di qualsiasi obbligazione anche se derivi da altra fonte che non sia il contratto (4), dichiara che non v'è una ragione al mondo perchè chi chiede risarcimento per la lesione di un diritto obbligatorio debba provare solo la lesione materiale e chi lo chiede per la lesione di un diritto

---

(1) C'è chi parla qui talora di colpa *in re ipsa*; così, dietro il BEVEN, G. P. CHIRONI, *Colpa extrac.* II, n. 553, pag. 594-595 (2.ª ediz.). Ma contro questa figura veggasi ORLANDO, cit. *Saggio di una nuova teorica sul fond. giurid. della responsabilità civile*, §. 11, pag. 346-350.

(2) Belli esempi offrono la l. 28 e la l. 31 D. ad leg. Aquiliam, 9,2, entrambe di PAOLO. Veggansi poi due elaborate sentenze della Corte d'Appello di Firenze (estensore VENZI), del 7 Febbraio 1911 (causa Rook-Ministero di Agricolt.) e 21 gennaio 1911 (causa Soc. anon. prodotti chimici — Ferrovie dello Stato) rispettivamente alle col. 814 e segg., 883 e segg. parte I del *Fôro it.* XXXVI (1911).

(3) CARNELUTTI, loc. cit., pag. 748.

(4) V. *supra*, n. 103, pag. 399-401. Completo ora qui ciò che ivi ho scritto, avvertendo che la tesi da me ivi difesa *de iure condito* trovasi pure esplicitissimamente accolta dal CHIRONI nella sua *Colpa extrac.*, 2.ª ediz. Vol. II, specialmente nella nota 1 di pag. 342 (n. 420).

reale debba dimostrare anche la lesione colposa, mentre non esclude che della differenza si possa dar ragione solo in riguardo alle obbligazioni derivanti da contratto in contrapposto a tutti gli altri obblighi (obbligazioni da altre fonti, doveri assoluti d'altra natura). Sarà benissimo come *desiderato* legislativo, ma, finchè non vogliamo impropriare il significato della parola *obbligazione*, dobbiamo, fedeli interpreti del Codice che ci regge, dire che a tanto ci conduce l'Art. 1312. Siamo sempre là: altro è il significato giuridico della parola *obbligazione*, altro quello di *obbligo* in generale, sì che i termini tecnici di creditore e debitore a quello non a questo si attagliano e ciò che per le *obbligazioni* è dettato non possiamo arbitrariamente restringere ad una categoria di esse soltanto o viceversa estendere a rapporti giuridici di ben diversa natura e contenuto (1).

114 bis. Se questa è la regola quanto alla prova, nè lo stesso CHIRONI lo contesta, trattandosi di colpa contrattuale, non sappiamo comprendere com'egli ravvisi alcunchè di eccezionale nel caso altra volta ricordato (v. s., n. 110, pag. 450) dell'incendio della casa locata, dove si è visto ch'egli reputa aversi un aggravio pel conduttore, aggravio connesso con la sua teoria della custodia. Mentre ordinariamente, egli dice, il debitore si libera provando l'avvenimento fortuito che gli impedì di eseguire l'obbligazione, e tocca al creditore, se per avventura sostenga che quel fortuito fu determinato da colpa del debitore, il fornirne la prova, qui invece non basta che il conduttore alleghi l'incendio onde gli è resa impossibile la restituzione della casa così come l'ebbe dal locatore, ma egli ha da provare per di più la carenza di colpa propria nello scoppio dell'incendio. Ma l'errore di tal ragionamento sta nella premessa, cioè nel presentare e considerare l'incendio come un evento per se stesso fortuito, mentre invece può es-

(1) Veggasi in proposito quanto scrivono assai lucidamente BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.* Vol. I. n. 356, pag. 402 (3.a edizione). — Al CAS[illegible] risponde pure il [illegible], *Op. cit.*, pag. 244 in nota, ma per verità in modo tale da dimostrare ch'egli ne ha male afferrato il pensiero.

sere o fortuito, o doloso, o colposo ed anzi le statistiche provano che ordinariamente è colposo. Vi sono bensì eventi che hanno in se stessi la impronta del fortuito, sicchè basta allegarli come impedienti l'esecuzione dei proprî impegni per essere da questi prosciolti: esempio la burrasca che ha distrutto le messi dovute; onde toccherebbe allora al creditore il quale pretendesse che ci è stata colpa precedente, esempio che le messi si sarebbero potute salvare se il debitore non fosse stato in colpevole ritardo nell'eseguirne la falciatura, il darne la prova. Ma altra, ripeto, è la cosa rispetto all'incendio. Ed è avendo riguardo a tali concetti, che concorrono a completarci l'idea vera del fortuito, che riusciremo a contenere nei dovuti limiti la norma, da considerarsi come generale sull'onere della prova nella ipotesi di *casus dolo seu culpa determinati*, espressa, in materia di soccida, nel già altra volta ricordato Art. 1673 (v. s., n. 96, pag. 384). Intanto si nota come natural corollario della normalità del disposto dell'Art. 1589 la possibilità di estenderlo a casi analoghi, come per esempio all'incendio della cosa data a comodato, mentre all'opposta conclusione giunge chi vi ravvisa una disposizione d'indole eccezionale (1).

114 ter. Ora che conosciamo la regola sulla sopportazione dell'*onus probandi* nella colpa contrattuale, vuolsi aggiungere che nulla impedisce alle parti di convenirne uno spostamento od inversione, per cui sia il creditore che, nel caso di inadempimento, debba dimostrare la colpa del debitore. E ciò o sin dal momento in cui sorge fra loro il rapporto obbligatorio, ovvero in seguito. Ne troviamo un esempio all'Art. 401 del Codice di commercio relativamente al contratto di trasporto. Vi si legge: « Se trattisi del trasporto di determinate specie di cose fragili o soggette a facile deterioramento, o di animali, ovvero di trasporti fatti in modo speciale, le amministrazioni di strade ferrate possono stipulare che la perdita o

---

(1) V. sull'argomento dell'incendio della casa locata il mio Articolo (IV) *sulle* [illegible] vol. XV [illegible]

l'avaria si presuma derivata da vizio delle cose trasportate, dalla loro natura o da fatto del mittente o del destinatario, *se non è provata la loro colpa*».

115. Potrebbe darsi che l'inadempimento dell'obbligazione provenisse non già da colpa del debitore, ma da colpa del creditore. Allora egli non avrà diritto alcuno a risarcimento: «quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire», dice POMPONIO nella l. 203 D. de reg. iur. 50, 17. E la cosa è di troppa evidenza perchè occorra soffermarcisi. Va da sè in verità che il fatto del creditore sia da aggguagliare a quello di un terzo estraneo qualsiasi all'effetto dell'Art. 1225, cioè nel senso di costituire quella *causa estranea al debitore non imputabile,* che lo esonera dal rispondere dell'inadempimento (o del ritardo).

Senonchè può essere che non sia la colpa del creditore la sola causa dell'inadempimento, ma essa sia concorsa con la colpa del debitore. Il valutare questo concorso di colpe e la reciproca loro influenza spetterà di caso in caso al giudice, ma è cosa tutt'altro che semplice e piana. Si ha a parlare qui di *compensazione di colpe?* E in che senso? E vale forse in proposito un criterio unico sia che trattisi di colpa contrattuale, sia che di colpa aquiliana? In quest'arduo tema un solo punto è pacifico. Da tutti cioè giustamente si insegna non essere possibile compensazione (comunque la si intenda) fra il dolo di una parte e la semplice colpa dell'altra (1). Il dolo è assorbente, sì che vano sarebbe per chi versa in dolo il tentar d'invocare, sia pure a titolo non di esclusione ma di attenuazione della propria responsabilità, una colpa qualsiasi della controparte. Il quesito dunque si pone quando ci sia *hinc inde* colpa, non dolo.

Per prepararci a risolverlo, conviene anzitutto ben delimitarne il campo. Esula intanto dal nostro tema il caso di obbligazioni reciproche fra le parti, inadempiute e dall'una e dall'altra. Ciascuna parte incorre allora nell'obbligo del risarcimento verso l'altra, e, concretato l'ammontare del rispettivo

(1) Cfr. fra tanti, CHIRONI, cit. *Colpa contrattuale*, n. 319, pag. 707.

loro debito per indennizzo, potranno i due debiti fino al comune importo compensarsi. Ma questa è la compensazione che opera come causa di estinzione delle due obbligazioni (Art. 1285 e segg.), non già compensazione di *colpe concorrenti nell'inadempimento di un'obbligazione unica* (Dicasi altrettanto in tema di colpa aquiliana se due persone si sono a vicenda recato danno, che ciascuna debba risarcire a tenore dell'Art. 1151).

Parimenti rimane fuori della presente indagine il caso in cui l'inadempimento dell'obbligazione sia imputabile esclusivamente a colpa del debitore, e soltanto posteriormente sopravvenga una condotta abnorme del creditore per effetto della quale la serie dei danni si complichi e si aggravi. Sorge allora un ben diverso quesito relativo non alla colpa quale causa generatrice dell'obbligo di risarcire, ma all'estensione dei danni da rifondere, del che si dirà nel § 1 Sezione V del presente Capitolo (1).

L'ipotesi dunque è quella di colpa del debitore e di colpa del creditore che insieme concorrono a generare quell'unico fatto in cui si sostanzia l'inadempimento dell'obbligazione. E si domanda: Permane tuttavia integro il diritto del creditore al risarcimento, o cessa del tutto, ovvero subisce una proporzional riduzione? Se si adotta la formula, da molti per verità combattuta, di compensazione di colpe (2), diremo che la

(1) Cfr. BENIGNI, *La cosidetta compensazione delle colpe*, in *Rivista crit. di Dir. e Giureprud.*, IV (1906) (pag. 97-124, 194-215, 273-293), § 5, pag. 107, e COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe* (Modena, Soc. tip. modenese 1909), n. 6, pag. 5-6.

(2) La riprova come un infelice traslato il BENIGNI, *op. cit.* § 9., pag. 115-116, seguito dal BRUGI, cit. nota in *Riv. del Dir. comm.* VI (1908), parte II, pag. 17-18. «Frase erronea e tutt'al più giustificabile come un traslato» la dice il CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel Dir. privato italiano* (Milano, Soc. ed. libr. 1909), n. 226, pag. 431. Recisamente combatte pure fra noi questa terminologia il VALERI, *Il concetto di colpa comune e l'art. 662 cod. comm.*, nota a sent. 23 agosto 1907 della Corte d'App. di Lucca, in *Riv. del Dir. comm.*, VI (1908), parte II (pag. 262-275), pag. 263 e *Sulla colpa comune*, nella stessa *Rivista*, VIII (1910), parte I (pag. 152-160), pag. 152. (Dello stesso VALERI, ricordo sin d'ora sul nostro tema un terzo scritto col titolo *Ancora sulla colpa*

esclude affatto chi risponde nel primo senso, che l'ammette invece tanto chi adotta la seconda come chi adotta la terza delle soluzioni or ora indicate; e ciò per analogia delle risultanze a cui può condurre la compensazione vera e propria della quale si parla sia che i due crediti che si hanno di fronte si elidano del tutto (pari essendone l'importo) sia che solo in parte (cioè per le quantità corrispondenti, se di importi diversi).

Ad esaurimento delle presenti premesse resta finalmente a notare che il concetto di bilanciare i due fattori, conducente ad una proporzionale elisione, può essere inteso, e realmente si trova accolto da legislazioni estere, in due sensi diversi, cioè o in riguardo alla rispettiva gravità delle due colpe concorrenti o in ragione della potenza esplicata da ciascuna di esse nella produzione del fatto in questione (inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione per noi che qui teniamo presente in particolare la colpa contrattuale). Col primo sistema si commisurano (e si compensano) i rispettivi gradi di colpa, col secondo gli effetti dannosi che si fanno risalire all'una e quelli che all'altra colpa, senza riguardo alcuno al grado delle colpe concomitanti, potendo avvenire, si dice, che in date contingenze sopra un danno totale di cento la colpa di una parte, benchè grave, abbia concorso per dieci e la semplice colpa lieve dell'altra per le rimanenti novanta (1).

---

comune, inserito in detta *Rivista*, XI (1913) parte II (pag. 368-377) come nota a sentenze 18 luglio 1912 della Cass. fiorentina e 21 febbraio 1912 della Corte d'Appello di Venezia). Difende invece la formula di « compensazione delle colpe », pur circondandola di riserve, il COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, n. 11 e 12, pag. 15-16. A. BRUNETTI, *In tema di compensazione di colpe*, nota a sent. 18 luglio 1912 della Cass. di Firenze in *Foro veneto*, II (1912), a pag. 408 parla di chi « censura, *più o meno a ragione*, l'espressione « compensaz. di colpe ». Certo questa disputa terminologica è di secondaria importanza: rimarrei del tutto indifferente al completo abbandono di detta formula, se così piacesse meglio, ma non la credo cosa facile di fronte all'uso secolare di essa in dottrina e in giurisprudenza. L'essenziale è di ben precisarne il contenuto, dato che la si mantenga.

(1) Cfr. particolarmente COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, n. 92 in fine a 99, pag. 174-188.

Ora che siamo intesi sulla posizione del quesito, va segnalato che taluni lo risolvono nell'identico modo, che sarà poi questo o quello, sia che si versi in materia di colpa contrattuale, sia che si tratti invece della extracontrattuale. Il che è più che naturale da parte di chi disconosce la bipartizione delle colpe (1) ma è risultanza a cui può giungere benissimo anche chi, come noi, la ammetta. Altri trattano invece i due casi diversamente, sicchè questo tema delle colpe concorrenti costituirebbe un nuovo punto differenziale fra le due specie da aggiungere agli altri già sopra illustrati. Ma anche fra costoro non c'è un'unica corrente, bensì due che vanno ai poli opposti. Trovo una sentenza della Corte d'Appello di Milano che, mentre dà per indubitata la compensabilità riguardo alla colpa contrattuale, altrettanto recisamente la nega riguardo all'aquiliana (2). Ma è asserzione non sorretta da alcun argomento e che ricordo più che altro per mostrare una volta di più quanta sia l'incertezza e l'opinabilità in siffatta materia, che il patrio legislatore ha il torto di non avere disciplinata *ex professo*. Altri invece, e precisamente il COPPA-ZUCCARI, nella sua notevole monografia sull'argomento, giunge alla conclusione diametralmente opposta. L'esposizione sintetica delle idee di questo scrittore si presta mirabilmente come base della breve trattazione che io posso ora consacrare all'attraentissimo argomento, trattazione che per l'economia del presente *Corso* deve avere qui particolarmente di mira la materia della colpa contrattuale.

Mentre, argomentando dall'Art. 662 Cod. di comm. relativo all'urto di navi, il COPPA-ZUCCARI sostiene che in materia di colpa aquiliana non possa mai il danneggiato pretendere indennizzo dal danneggiante se nell'unico evento dannoso vi fu in qualsiasi misura cooperazione di colpe di entrambi (*irrilevanza* dunque della colpa del danneggiante), in

(1) Così il COGLIOLO, cit. *Scritti*, Vol. II, pag. 142-146.

(2) Sent. 20 aprile 1898 (causa Ghioni-Pirelli) in *Monit. dei Trib.*, XXXIX (1898), pag. 506.

materia di colpa contrattuale sostiene invece rimanere indiminuita la responsabilità del debitore inadempiente ad onta che sia concorsa come fattore dell'inadempimento colpa in senso tecnico del creditore (*irrilevanza* dunque della colpa del danneggiato) e questo perchè l'Art. 1125 assolve da responsabilità il debitore solo quando possa addurre una causa dell'inadempimento (o del ritardo) *estranea a lui non imputabile*, il che egli non può dal momento che per ipotesi vi concorse pure la colpa sua propria. Il che si avvalora osservando che, ove rimanga possibile l'adempimento in forma specifica, questo (come noi pure dimostreremo a suo luogo) ha diritto il creditore di chiedere se il debitore lasciò ineseguita l'obbligazione. Come sarebbe in tal caso escogitabile, comunque la si intenda, una riduzione proporzionale? La perfetta antitesi poi fra le due situazioni, imposta dalle citate disposizioni del Diritto positivo vigente, non potrebbe dirsi priva di ogni giustificazione. «Nel caso invero di colpe extracontrattuali (riferisco testualmente le parole della monografia in esame) manca un qualsiasi criterio per onerare sul danneggiante piuttosto che sul danneggiato il danno, ed occorre decidere con criterio arbitrario: la valutazione degli interessi in conflitto non dà cioè una direttiva piuttosto che un'altra. In materia contrattuale, la preesistenza dell'obbligazione, la diligenza imposta al debitore nell'eseguirla, nel prepararvisi e nel mantenere le condizioni necessarie per l'esatta esecuzione, può dirsi che faccian pendere la bilancia, ove egli colpa commetta, a suo sfavore» (1).

---

(1) COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, pag. 246. Al predetto regolamento concreto della colpa comune nel Diritto privato italiano sono consacrate le pag. 165-246 di quest'opera. Al COPPA-ZUCCARI ora aderisce completamente nella citata 3.ª edizione delle sue *Istituzioni di Dir. civ.*, § 26, pag. 223, § 70, pag. 609-610 e pag. 624, il BRUGI, recedendo così da quanto egli aveva sostenuto in argomento nella cit. nota *Colpe di diversa natura e compensazione di colpe* in *Riv. del Dir. comm.* del 1908 p. II, a pag. 17-18. Non nascondo che ad accogliere le idee del COPPA-ZUCCARI avrei creduto più che mai contrario il mio illustre Collega padovano, posta la sua avversione a distinguere la colpa contrattuale dalla colpa aquiliana.

Astraggo dall' indagine relativa all'Art. 662 Cod. comm., riservando a quando si tratterà *ex professo* della colpa extracontrattuale il vedere se abbia ragione il COPPA-ZUCCARI che vi ravvisa un principio generale da applicarsi (Art. 3 Tit. prelim. del Codice civ.) in tutto il campo del Diritto privato o chi invece lo considera una norma *iuris singularis non producenda ad consequentias.* Nemmeno qui ricerco se, rimanendo sul terreno dei Codici vigenti, ben si appongano i sostenitori della contraria tesi appoggiandosi piuttosto, sempre in tema di colpa aquiliana, sul combinato disposto degli Art. 1156, 1198 cod. civ. (1). Ma quello che non posso non dichiarare sin d'ora, perchè ad entrambi i campi si estende, è una certa naturale ribellione del senso giuridico a parificare negli effetti la presenza o l'assenza di uno dei due fattori dell'evento dannoso. Se, come sta in ipotesi, essi sono vere e proprie concause, sicchè necessariamente l'evento non si sarebbe prodotto se non avessero agito di conserva, ripugna che poi si tratti il caso come se fosse generato da uno solo di quei fattori, dal solo danneggiato nella colpa aquiliana, dal solo danneggiante (il debitore) nell'altra (2). Rimanendo poi più di proposito nel campo nostro, cioè della colpa contrattuale, noto che l'Art. 1125, su cui si impernia la tesi del COPPA-ZUCCARI, sarebbe invocato a proposito contro chi presumesse di sostenere l'as-

(1) V. specialmente i citati tre scritti del VALERI, l'ultimo dei quali è diretto a confutare le obbiezioni del PACCHIONI, *Della cosidetta compensazione delle colpe*, nota a sent. 1 agosto 1910 della Cass. di Firenze, in *Riv. del Dir. comm.*, VIII (1910), parte II, pag. 1032-1038, col quale sta invece A. BRUNETTI, *loc. cit.* Come il VALERI fra noi, così dalle norme che valgono nel caso di più estranei coautori di danno aquiliano argomenta, per ammettere una ripartizione del danno fra danneggiante e danneggiato, il GUEX, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles* (Lausanne, Pache 1904), pag. 159-169. Richiamo in particolar modo su questa monografia del GUEX l'attenzione di chi desideri avere un chiaro prospetto ed esame critico di quella vastissima, sottile e tanto discorde produzione scientifica che a giuristi tedeschi specialmente è dovuta sul tema della causa nelle sue relazioni con la colpa. È opera di cui si sono giustamente avvantaggiati scrittori nostri sul tema in esame.

(2) Cfr., limitatamente ai quasi delitti, TABANELLI, nota a sent. 1 Dicembre 1899 della Corte d'App. di Genova, in *Fòro it.*, XXV (1900), col. 1198-1204.

soluta irresponsabilità del debitore inadempiente; ma esso articolo lascia margine ad una soluzione intermedia per cui quella responsabilità perduri sì, ma temperata. Il difetto dell'argomentazione avversaria consiste nel ragionare con troppa rigidezza *a contrariis* (argomento già di per sè debole sempre) come se fra l'essere il debitore liberato da ogni responsabilità (al che certamente occorrerebbe assoluta carenza di sua colpa, *idest* causa estranea a lui non affatto imputabile) e l'essere tenuto a tutte le conseguenze dell'inadempimento non ci potesse stare una via di mezzo, rappresentata da una riduzione di codeste conseguenze in confronto al caso in cui si fosse in presenza di colpa esclusiva del debitore (1). L'accenno poi fatto *ex adverso* alle ipotesi in cui resti tuttavia possibile l'ottenere nelle vie esecutive il soddisfacimento dell'obbligazione in forma specifica parmi inconcludente. Nessuno si sogna di dire che l'obbligazione in parte almeno si estingua perchè alla sua non esatta e tempestiva esecuzione abbia fatto ostacolo insieme con la colpa del debitore quella del creditore: il quesito concerne le ulteriori conseguenze pregiudizievoli che pel non esatto tempestivo adempimento graverebbero indubbiamente sul debitore sotto forma di indennizzo (in aggiunta alla *res debita* coattivamente raggiunta) ove esclusivamente sua fosse la colpa. Resta cioè anche allora a decidere se questi ulteriori danni non debbano invece, data la colpa comune, dividersi fra entrambe le parti. Il nocciolo della questione dunque è riposto tutto nel ricercare se e quale sistema di ragguaglio e di riparto sia razionalmente ammissibile e praticamente attuabile.

Intanto osservo che, se non si voglia fare della metafisica giuridica sui concetti di causa o di colpa, la comparazione e il ragguaglio dovranno attuarsi sul danno effettivamente recato: solo così avremo, per così dire, tra mano delle quantità

(1) Ripetasi l'osservazione là dove il COPPA ZUCCARI vuole argomentare *a contrario* dall'art. 1247 (n. 113, pag. 234). Già per Diritto romano egli avea fatto applicazione ch' io reputo per lo meno malsicura di siffatta argomentazione in ordine alla l. 23 D. commod. vel contra, 13. 6 di POMPONIO (n. 32, pag. 49-51).

reali su cui proiettare la graduazione comparativamente intrapresa. Perchè nulla in verità di più assurdo si potrebbe concepire che una *compensazione di colpe* intesa nel senso di reciproca loro elisione totale o parziale. Le colpe *restano* l'una in cospetto all'altra, senza di che non se ne potrebbe parlare come di entità che insieme funzionano quali concause. Siano pure esse pari nel loro grado o, se pure di grado diverso, con uguale forza operanti, non giungeremo dunque alla conclusione di irresponsabilità per entrambe le parti, quasi che si fossero distrutte a vicenda e di colpa non rimanesse più nemmeno l'ombra. La predetta proiezione sul danno condurrebbe invece in simili ipotesi ad una ripartizione di esso in uguale misura fra i due. Senonchè è la comparazione in se stessa, vuoi del grado delle colpe, vuoi della rispettiva loro efficacia causale, che si afferma non pratica e persino illogica. Se prendiamo il primo criterio, quale misura, si dice, ci indicherà la maggiore o minore gravità della colpa? (1) L'evento dannoso (nel tema nostro l'inadempimento dell'obbligazione) è un sol *tutto*, dal quale immediatamente derivò il danno e solo mediatamente da ciascun subbietto: non si può dunque ripartire il danno facendone gravare una parte sull'uno e l'altra sull'altro subbietto (2). E se non lo si può in ragione della rispettiva gravità delle colpe, anche più illogico è il pretendere di poterlo fare in ragione dell'efficacia causale; perchè il concetto della causa è assoluto ed esclude ogni possibilità di graduazione (3). (Chi così ragiona intende significare che nella colpa comune entrambi i coefficienti furono necessarî sempre in egual misura, visto che mancandone uno non si sarebbe più prodotto l'evento dannoso: essere dunque fuor di luogo il parlare di eventuale prevalenza dell'una sull'altra delle due cause che cooperarono alla produzione dell'evento e del danno).

Nell'avviarci a concludere, sarà bene sgomberare il tema

(1) Coppa Zuccari, *Op. cit.*, n. 92, pag. 174.

(2) Idem, n. 105, pag. 221-222.

(3) Idem, n. 95, pag. 183 e segg.

dalle nebbie filosofiche onde è costume di avvolgerlo. Accostandoci alla realtà e rimanendo sempre sul terreno delle obbligazioni inadempiute, è ben possibile intanto che l'inadempimento (fatto dannoso *unico*) sia tale da presentare ben nette e distinte in sè e nel loro effetto le parti da attribuire all'una e all'altra colpa, per ciò, che, ove una sola avesse operato, l'inadempimento sarebbe stato parziale, mentre si aggravò fino a diventare per avventura totale per effetto dell'altra colpa concorrente. Facciamo un esempio: Allo spirare della locazione, l'inquilino non può restituire la casa al locatore perchè un incendio causato dalla folgore distrusse la casa interamente. La prima colpa risale al creditore, il proprietario, che non fece le debite riparazioni ai parafulmini onde il vasto edificio era munito. Però l'incendio non avrebbe invaso e prontamente divorato l'intero edificio, ma per i pronti soccorsi intervenuti sarebbesi limitato a quella parte o adiacenza della casa (stalla, fienile e simili) dove piombò il fulmine se ivi il conduttore non avesse abusivamente celati dei terribili esplodenti. Ecco il caso di un evento unico a cui le due colpe cooperarono in separata misura che, con l'aiuto di periti, potrà rispettivamente all'una e all'altra assegnarsi (1). Ma posta pure l'inscindibilità dell'evento, che non si sarebbe prodotto *affatto* senza la simultanea azione di entrambe le colpe, se sono inoppugnabili le ragioni addotte contro il criterio della rispettiva loro efficienza causale ed eventuale prevalenza di una concausa sull'altra,

---

(1) Abbiamo foggiato un esempio simile per non complicare le questioni e rimanere nel campo al quale il Coppa Zuccari restringe la possibilità di discorrere di colpe comuni. Egli infatti vuole che ci sia *hinc inde* colpa in senso tecnico, cioè violazione imputabile di doveri giuridici, escludendo dunque i casi, accolti dalla dottrina comune, della cosidetta colpa propria o colpa verso se stesso, consistente in un comportamento abnorme nel trattare le cose e gli interessi propri, il che può essere, egli dice, cosa socialmente, ma non giuridicamente riprovevole finchè chi così agisca non abbia un preciso obbligo giuridico verso terzi di comportarsi altrimenti (n. 88, pag. 164). Altri esempi possono configurarsi in ordine a contratti come la locazione d'opere, in cui ci sia cooperazione delle parti, il locatore dando la sua energia di lavoro, il conduttore i mezzi in tutto acconci pel suo sviluppo.

possibile invece mi par sempre il ragguaglio delle due colpe nella loro entità intrinseca, colpa grave contro colpa grave, colpa grave contro colpa lieve, colpa lieve contro colpa pur lieve. Dal momento che l'indole astratta (negligenza) di questa quantità che dicesi colpa non osta alla sua graduazione, dal legislatore in più luoghi affermata, nulla vi ha che si opponga ad applicare questo termometro delle colpe all'una e altra delle due che convergono in quell'unica risultanza comune, perchè poi si rifletta nella ripartizione dei danni il rispettivo grado delle colpe concorrenti (1). Nè si esclude allora che dalla comparazione risulti per una della parti un grado di colpa minimo e però praticamente così trascurabile di fronte alla gravissima colpa della controparte, da consigliare che a questa si addossi l'intera sopportazione del danno (2). Tutto ciò io credo si possa avvalorare anche facendo ricorso ad un testo positivo di legge, cioè all'Art. 1868 Cod. civ., già altrove ricordato e relativo alla responsabilità degli osti

---

(1) Conforme è il disposto del § 1304 del *Codice austriaco*: « Se nel danno concorra anche la colpa del danneggiato, questi lo porta proporzionatamente coll'autore del danno, e se non può determinarsi la proporzione lo portano in parti uguali », dove da tutti si insegna che la proporzione si intende in riguardo alla colpa rispettiva delle due parti Cfr. KRASNOPOLSKI, *Op. cit.*, § 31, pag. 175 e gli Autori ivi citati in nota 5. Certo che in queste delicate valutazioni comparative molto è a lasciare al prudente criterio del giudice, ma non è forse questa una massima generale e tante volte da noi ripetuta in tutta quanta la materia della colpa di cui stiamo trattando?

(2) Conf. GUEX, *Op. cit.*, pag. 164. E nel *Codice svizzero delle obbligazioni*, all'Art. 44 è pure detto « Il giudice può *ridurre od anche negare* il risarcimento se il danneggiato ha consentito nell'atto dannoso, o se delle circostanze, *per le quali egli è responsabile*, hanno contribuito a cagionare od aggravare il danno od a peggiorare altrimenti la posizione dell'obbligato ». (Sostanzialmente vi corrispondeva l'Art. 51 capov. del Codice precedente, nel quale però dicendosi che il giudice poteva ridurre *proporzionatamente* il risarcimento, meglio si accentuava il concetto di un ragguaglio in ragione delle rispettive colpe). Lascio, per brevità, di soffermarmi sul Codice germanico, il quale al § 254 ha accolto il concetto di riparto in proporzione all'*efficienza causale*, rinviando alla critica che ne fanno, per tacer d'altri, il GUEX, *Op. cit.*, pag. 164-168 e il COPPA ZUCCARI, n. 96, pag. 187-188.

ed albergatori. Pur versandosi in materia nella quale si è di tanto aggravata la responsabilità dei debitori riguardo ai danni e furti degli oggetti dei viandanti, quell'articolo li dichiara non obbligati pei furti commessi per *negligenza grave del proprietario*. Si tiene dunque conto del concorso di colpa del danneggiato e con riguardo al grado della colpa stessa, al quale dunque è tutt'altro che assurdo il dare peso all'effetto della sopportazione ed eventuale ripartizione dei danni in materia di colpa comune (1).

§ 4.

Cenno di casi in cui si disputa se la colpa abbia carattere contrattuale. Colpa aquiliana per occasione di un contratto.

SOMMARIO: 116. Degli infortunî sul lavoro. Della responsabilità per infortunî nel trasporto di passeggieri. — 117. Dell'obbligo di risarcimento delle spese fatte per causa del promesso matrimonio secondo l'Art. 54 del Codice civile. — 118. Responsabilità incontrata *per occasione di un contratto*. — 118 bis. Della cosidetta *culpa in contrahendo*.

116. Le cose esposte nei paragrafi che precedono spiegano abbastanza l'interesse delle questioni che in pratica molte volte si fanno per decidere se un dato caso sia da condurre piuttosto sotto la specie della colpa contrattuale o sotto quella

(1) Al CHIRONI, che consacra per verità una trattazione troppo succinta alla cosidetta compensazione delle colpe contrattuali (n. 319, pag. 706-707), non è però sfuggita altrove questa connessione al tema dell'art. 1868 (*Colpa contrattuale*, n. 87, pag. 219 e n. 120, pag. 283). Il progetto FINOCCHIARO-APRILE poi ricordato al n. 110 bis, pag. 456, entrava anche più esplicitamente e largamente nel concetto della cosidetta compensazione di colpa con l'Art. 4 capov., così concepito: « La negligenza della persona alloggiata può nondimeno dirimere o diminuire, in ogni caso, a giudizio del magistrato, la responsabilità dell'albergatore ». E ciò con la seguente motivazione: « Quanto alla negligenza del proprietario ho stimato conveniente apportare alcune modificazioni al modo in cui la dirimente era stata formulata nel Codice civile. Quivi si parla di « negligenza grave » la quale è in ogni caso considerata come dirimente assoluta della responsabilità degli albergatori. È sembrato invece miglior partito — *secondando anche su questo punto una evidente e perspicua tendenza della giurisprudenza patria* — di to-

della colpa aquiliana. Ne accenno qualcuna a scopo di esempio, e quindi non coll'intento di presentare altresì per tutti i casi che mi dispongo a ricordare la soluzione che reputo più giusta.

Si affaccia in primo luogo, anche per la sua importanza sociale, la grave e già altra volta ricordata questione degli infortuni sul lavoro (v. s., n. 86, pag. 342). È noto che, volendo venire in soccorso alla classe operaia, si pensò dapprincipio ad una inversione dell'onere della prova, sicchè dovesse il padrone dimostrare la carenza di colpa da parte sua, e non già l'operaio dimostrare la colpa del padrone. Ebbene, a giustificare questo principio giuridicamente, si abbandonò il terreno dell'aquiliana e si fece da più parti ricorso al concetto di colpa contrattuale. Si disse: dobbiamo considerare il contratto di locazione d'opere come avente per contenuto non soltanto l'obbligo del padrone di prestare la mercede in ricambio dei servigi che riceve, ma altresì l'impegno da parte sua di restituire, per dir così, l'operaio a sè stesso, alla fine del contratto, incolume come lo si è ricevuto nell'officina, simile a ciò che avviene in un contratto di locazione di cose, dove l'inquilino o il colono o il noleggiante ha da restituire al locatore la cosa locata tal quale. (Art. 1585, 1588 Cod. civ.). Parimenti si credette di poter argomentare per analogia da quanto il Codice civile fissa in tema di trasporto (Art. 1030, 1631), di mandato (Art. 1754), di comodato (Art. 1818) e persino dalla responsabilità affatto speciale degli albergatori (Art. 1867). Se è pertanto di adempimento di obbligo contrattuale che qui si tratta, contrattuale sarà la relativa colpa, e quindi incombente la prova al debi-

gliere la qualifica di «grave» e di ammettere che la negligenza del proprietario, detta con maggiore o minor gravità sarà giudice il magistrato, possa essere — giusto secondo l'equo apprezzamento di questo, da formarsi soltanto in base alla considerazione di tutte le particolari circostanze del caso concreto — o dirimente assoluta o semplice diminuente, con effetto nella determinazione dell'ammontare del risarcimento. Se la negligenza, sia pure non grave, risulti essere stata circostanza concorrente o concausa apprezzabile del danno, è giusto che la persona alloggiata in parte ne subisca gli effetti».

tore (il padrone) in proprio discarico e non viceversa, come sarebbe se si considerasse l'infortunio quale un danno estraneo al rapporto contrattuale. Nè mancano sentenze in questo senso (1). Tanto che alcuni, dominati da tale idea, giunsero sino a dire che non c'era bisogno di alcuna legge speciale, perchè già l'applicazione del Diritto comune sulla colpa contrattuale portava a siffatta risultanza. E non si avvidero, s'altro non fosse, che, mentre voleano giovare all'operaio per questa parte concernente la prova, lo esponevano invece ad una minore tutela sotto quegli altri aspetti in riguardo ai quali (almeno secondo l'opinione di gran lunga prevalente) vedemmo più favorito il risarcimento del danno aquiliano che non quello derivante da colpa contrattuale (2). Sappiamo che sull'argomento l'Italia possiede oggi una legge informata al principio dell'assicurazione obbligatoria, e quindi tale da eliminare, entro i confini della legge stessa, la predetta questione sulla prova, poichè l'assicurazione copre, come già si è notato (v. s., n. 86, pag. 342), persino gli infortunî derivanti da colpa dell'operaio. Ma la questione, se per effetto di detta legge troverà oggidì un campo più ristretto in cui potersi elevare, non è detto si trovi eli-

---

(1) Per le citazioni di dottrina e di giurisprudenza rinvio al GABBA, *Responsabilità del padrone per infortuni degli operai nel lavoro*, in *Nuove quest. di Dir. civile*, Vol. II (Torino, Bocca 1906) (pag. 98-131), il quale vigorosamente combatte codesta costruzione giuridica, pag. 99-110, all'AGNELLI, *Commento alla legge sugli infortuni del lavoro*, Introduz., pag. XI-XIII, al CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, Vol. I (Roma, Athenaeum 1913) pag. 21-22, nota 4.

(2) Qualcuno, vista l'opinione prevalente per cui si ammetterebbe la clausola *ne culpa praestetur* in ordine alla colpa contrattuale e non in ordine alla aquiliana, osservò a tal proposito che, avvantaggiato l'operaio quanto alla prova, sarebbe stato invece con questa nuova costruzione giuridica esposto al pericolo che il padrone stipulasse, nell'assumerlo, detta clausula, la quale così diventerebbe di stile. Per chi ammetta tuttavia con noi l'invalidità del patto preventivo di esonero in entrambe le specie di colpa quando sia in giuoco l'incolumità personale (v. s. n. 111, pag. 464 e n. 111 bis, pag. 472), questo pericolo, che controbilancierebbe il vantaggio della inversione della prova, non sussiste. Vegga̧nsi però i dubbi che *de iure condito* manifesta in proposito il LABBÉ, in *Revue crit. de legislat. et de jurispr.*, XXXV (1886), pag. 446-448 (*Iurisprudence civile - Examen doctrinal*).

minata interamente. Basti pensare che la Legge (Testo unico del 31 gennaio 1904, n. 51) si applica solo ad operai, soprintendenti a lavori ed apprendisti addetti a determinate industrie e talora anche col limite che l'industria sia tale da occupare più di cinque operai (Art. 1 e 2). Laonde quando siamo fuori di codesti estremi potrà oggi ancora sollevarsi la controversia dianzi accennata (1).

Ricorderò del pari (sempre astenendomi dal discutere, atteso lo scopo prevalente di una semplice esemplificazione proprio del presente paragrafo) la questione spesso dibattuta, specie nei riguardi dell'*onus probandi*, per decidere se sia contrattuale o aquiliana la colpa di cui devono rispondere le Ferrovie (e così dicasi di altri vettori) verso i viaggiatori in caso di scontri od altri infortuni. C'è chi considera qui la colpa come aquiliana e chi invece la qualifica contrattuale dichiarando estensibili per analogia ai trasporti di persone e ai danni da esse sofferti per disastri le norme sui contratti di trasporto di cose e sulle loro perdite ed avarie (2).

117. Così, per recare ancora un esempio, si disputa se sia per effetto di colpa contrattuale od extracontrattuale che, trattandosi di sponsali, debitamente conclusi secondo le forme indicate dal Codice civile nell'Art. 54, il promettente che ricusi di eseguire la promessa senza giusto motivo è obbligato a ri-

---

(1) Anche trattandosi di operai per legge assicurati, resta forse in piedi la questione per il cosidetto *periodo di carenza* (*Carenszeit*), cioè per quegli infortuni non coperti dall'assicurazione, perchè (Art. 7) le loro conseguenze non abbiano durata maggiore di cinque giorni? C'è chi lo afferma, ma veggasi in contrario senso CARNELUTTI, *Op. e vol. cit.*, pag. 30.

(2) Anche qui mi limito a rinviare allo scritto di un Maestro come il GABBA, che ne tratta, con l'usato acume e ricco apparato di dottrina e di giurisprudenza, nelle cit. *Nuove quest. di Dir. civ.*, Vol. II a pag. 132-146 col titolo *« L'azione di risarcim. del danno sopportato dai viaggiatori in un disastro ferroviario »*. La questione è sempre viva (e c'è chi pretende cumulabili i vantaggi di entrambe le specie di colpa): cito come recentissima una sent. 14 marzo 1914 della Cassazione romana (causa Ferrovie dello Stato c. Girardi) in *Foro it.* di quest'anno, XXXIX, p. I, col. 912.

sarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio (1).

118. Fermato il principio che si devono tenere distinti i due campi della colpa contrattuale e della aquiliana, dobbiamo tuttavia notare come talvolta un contratto possa servire d'occasione ad una colpa extracontrattuale, donde la necessità di fissare allora minuziosamente dove cominciano e dove terminano il dovere legale e il dovere contrattuale (2). Così, ad esempio, se io convengo con un armaiuolo ch'egli pulirà il mio fucile e se per inavvertenza, avendolo io lasciato carico, nell'atto in cui glielo consegno, il colpo parte e l'armaiuolo rimane ferito, la colpa è aquiliana, benchè il fatto abbia avuto luogo per occasione di un contratto (3). Altro esempio simile sarebbe quello degli infortunî sul lavoro quando non si accolga la sovraesposta teorica che vi ravvisa una colpa contrattuale. In simili casi la connessione col rapporto contrattuale esiste certamente, ma non trattandosi di inadempimento di una delle obbligazioni comprese nel rapporto, questo costituirà semplicemente lo sfondo su cui viene alla luce la colpa aquiliana (e il relativo danno). Non sempre (e già gli esempi formulati nei due numeri precedenti lo attestano) non sempre è facile delimitare i due campi E non dà certo la chiave per risolvere la questione, ma esprime, a mio avviso, un truismo, un *idem per idem*, chi, invocando l'Art. 1218, insegna doversi « qualificare per contrattuale solo quell'azione per danni che venga spiegata al preciso scopo di conseguire i danni quale surrogato dell'adempimento mancato », mentre invece « ogni qualvolta la domanda di danni, pur avendo per *occasione determinante* la violazione obbiettiva di un contratto, non ha tale pre-

---

(1) Su ciò veggansi in particolare F. S. BIANCHI *Corso di cod. civ. it.*, 2° ediz., Vol. V, Parte I (Torino, Unione 1893), n. 25, pag. 90 e segg. e autori ivi citati, ai quali è da aggiungere FULCI, *Del titolo preliminare e del Diritto delle persone* (Firenze, Pellas 1880), che contro il BIANCHI sostiene trattarsi qui di colpa contrattuale e non di colpa aquiliana.

(2) FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 21.

(3) FROMAGEOT, *Op. cit.*, pag. 85-86.

ciso e tassativo contenuto, siamo nel campo generico del fatto illecito e della colpa extracontrattuale » (1).

Pur non entrando pel momento nella vessata questione se sia possibile *concorso cumulativo* di entrambe le azioni, la contrattuale e l'aquiliana, di fronte ad un unico fatto costituente violazione di una obbligazione, reputo certo che *concorso elettivo* ci sia sempre che l'inadempimento o il malo adempimento dell'obbligazione costituisca al tempo stesso un *reato* (2). Il conduttore appiccò dolosamente il fuoco alla casa, il farmacista presso cui Tizio si recò a comperare della magnesia gli diede invece, per isbaglio, dell'arsenico, che fece morire un familiare di Tizio. Ebbene, in tali casi il locatore o l'acquirente Tizio hanno a sè dinanzi un *debitore - delinquente* e possono o considerarlo semplicemente nella prima sua veste ed agire *ex contractu*, o nella seconda e valersi allora dell'azione civile nascente dal reato (doloso o colposo); la quale ultima azione contempla il risarcimento non certo quale surrogato della prestazione inadempiuta, mentre già altrove notammo che l'inadempimento di obbligazione in sè e per sè non costituisce reato ed anzi può il vincolo già preesistente fra le parti concorrere talvolta ad attenuare la figura delittuosa che la legge penale colpisce (v. supra, n. 98, pag. 387).

Il GABBA (*loc. cit.*, pag. 118-123) ammette per di più due ordini di casi in cui da un contratto nasce per una delle parti responsabilità aquiliana e per l'altra responsabilità contrattuale.

---

(1) Così il BOLCHINI, in nota a Sent. 29 gennaio 1903 (causa Cepparelli c. Società ferroviaria Adriatica) della Cassazione di Firenze in *Riv. di dir. comm.*, I (1903), p. II (pag. 105-111), pag. 110.

(2) Conf. GIORGI, *Op. cit.*, Vol. V, n. 140 *ter*, pag. 225 e segg. (7ª edizione). Anche il GABBA, cit. *Nuove questioni di Dir. civ.*, pag. 124-125 ammette che in tal caso incida nel contratto un obbligo aquiliano, ma mi pare meno esplicito nel riconoscere allora il concorso *elettivo*: dicasi altrettanto del BOLAFFIO, sull'Art. 4 del Cod. di commercio nel Vol. I parte I, del *Commento* al Codice stesso, coordinato da lui e dal VIVANTE (4ª ediz. Torino, Unione 1914), n. 99, pag. 318 nota 1.) Veggasi pure BONNET, *Responsabilité delictuelle et contrat* in *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, XLI (1912) (pag. 418-437), pag. 437 testo e nota 2.

Il primo concernerebbe tutti i contratti reali, nei quali il creditore (es. il comodante) non può mai rendersi responsabile di colpa contrattuale, ma solo di colpa aquiliana (esempio se dia al comodatario, senza avvertirnelo, cosa che sa affetta da vizi, e il comodatario ne risenta danno, art. 1818) perchè tali contratti non si formano che con la dazione della cosa e sono unilaterali, importano cioè obbligazioni contrattuali per la sola parte che quella cosa ha ricevuta. In altre parole la parte che consegna la cosa non adempie con ciò una obbligazione *che scenda dal contratto*, ma opera quanto è necessario a mettere in essere il contratto stesso. Obbietto (restiamo pure nell'esempio del comodato, da cui il GABBA generalizza a tutti i contratti reali) che già il Digesto aveva nelle leggi 18 § 3 di GAIO e 22 di PAOLO sotto il titolo, badisi bene, *commodati vel contra* 13.6 contemplata la precisa ipotesi dell'art. 1818 del nostro Cod. civ. riportandola (il che già dalla rubrica deriva ed anche più esplicitamente emerge dalla seconda di dette leggi) a quell'azione *contrattuale*, che sotto il nome di *commodati contraria* soccorre in date emergenze il comodatario in confronto del comodante. A fortiori nella legislazione odierna, dove, scomparsi i titoli delle singole azioni, è ammesso il contratto come schema generale, si dovrà riconoscere il carattere contrattuale a tale azione del comodatario. La quale quanto meno deriva dal *pactum de ineundo commodato* necessariamente, sia pure per pochi istanti, preliminare al comodato stesso. Nè credo ben s'appigli l'illustre GABBA adagiandosi a tal riguardo sulla giurisprudenza, la quale sinora, egli dice, non dà valore a promesse di comodato. Se è così, egli ha invece da reagire contro siffatta giurisprudenza che andrebbe a ritroso di ciò che la migliore dottrina insegna circa l'ammissibilità dei contratti preliminari a contratti reali, con piena efficacia, cioè facendone derivare per ambedue le parti azioni civili contrattuali (1)-(2).

---

(1) Basti citare, per tutti, L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel Dir. moderno italiano* (Milano, Soc. ed. libr. 1896, estr. dalla *Enciclop. giur. it.*), n. 28-30, pag. 114-125).

(2) A titolo di chiusa il GABBA scrive: « Lo stesso tenore del resto, dell'Art. 1818 conferma la suesposta interpretazione. Imperocchè non è dubbio che esso impone al commodatario la prova del dolo del commodante come appunto si addice a chi pretende risarcimento di danno extracontrattuale. « L'insigne Maestro dimentica che se diversità circa *l'onus probandi*, addossato al danneggiato nell'un caso, al danneggiante (debitore) nell'altro, esiste, vale solo in tema di colpa in senso

L'altro ordine di casi dal GABBA divisato comprenderebbe quei contratti «per cui una persona affida sè stessa o cose proprie ad altrui per uno scopo o servizio di tale indole, da escludere possibilità di preventive norme e di controllo, per cui cioè l'un contraente costituisce all'altro una sfera di libertà di agire, in cui il primo rimane del tutto passivo di fronte al secondo». E insiste specialmente sul rapporto che si costituisce fra il malato e il suo medico. La responsabiltà del medico pel danno che per colpa sua ha risentito il malato non potrà essere che aquiliana. Credo che l'illustre Giurista sia stato trascinato a siffatta conclusione dall'aver tenuti presenti particolarmente delle ipotesi (come quella del chirurgo che lascia il bisturi nel ventre del paziente (1)), nelle quali ricorre l'elemento penale, cioè il reato colposo. Ed allora entriamo nel campo già discorso poc'anzi, nel quale alternativamente soccorrono o l'azione contrattuale o l'aquiliana. All'infuori di tali ipotesi non so dove in Diritto positivo trovi appoggio la massima generale dal GABBA proclamata: anche il discepolo non è in grado di controllare l'opera del maestro, nè forse lo potranno per l'indole della materia (esempio io prendo lezioni di arabo che nessuno in paese conosce) altri per lui. Dovremo dire che il danno recato dal maestro (il quale p. es. non mi insegnò, come eravamo intesi, l'arabo speciale che si parla in Tripolitania, ma l'arabo classico) è tale inadempimento del contratto da far luogo a colpa aquiliana? E non solo manca un testo positivo su cui assidere o da cui argomentare la pretesa massima, ma ne abbiamo per avvalorare il principio opposto. Basti citare l'art. 1631 in tema di trasporto di cose (l'opera del vettore è pure incontrollabile dal mittente che gli affida ad occhi chiusi la merce da trasportare), articolo che lo stesso GABBA in altro lavoro (2) dichiara essere «certamente una diretta applicazione dell'art. 1225».

---

tecnico e non di dolo, che anche nella materia contrattuale deve essere provato dal creditore (danneggiato). V. *supra* n. 99, pag. 388. — Finalmente sulla tesi del GABBA è da osservare che, quando con lui si ammettesse trattarsi di colpa nella *formazione* del contratto e non nella sua esecuzione da parte del comodante, si sarebbe nel caso della cosidetta *culpa in contrahendo* di cui ci occuperemo nel seguente n. 118 *bis* ed è, come vedremo, tutt'altro che pacifico ch'essa sia colpa aquiliana. È una questione dunque che si innesta nell'altra.

(1) *Op.* e *Vol. cit.*, pag. 138.

(2) IDEM, pag. 136.

Appena occorre avvertire che *un medesimo fatto* può ledere due diritti disparati *della medesima persona* sì da costituire rispetto ad uno di quei diritti colpa contrattuale e colpa aquiliana rispetto all'altro. Così se il deragliamento di un treno distrugge la merce da me affidata alle Ferrovie pel trasporto e al tempo stesso danneggia un immobile ch'io possiedo lungo la strada ferrata, avrò duplice veste per ottenere indennizzo; nè l'una esclude l'altra, ma si cumulano per darmi ristoro sia dei danni patiti come creditore, sia di quelli recati alla mia proprietà.

Finalmente è possibile che una persona che ha recato il danno ne risponda in via aquiliana ed altri per lui anche in via contrattuale, o, viceversa, che il debitore risponda in via contrattuale ed altri con lui in via aquiliana. Ma in tutti questi casi si intende che le azioni verso i due responsabili non si cumulano così che il creditore danneggiato possa conseguire duplice indennizzo agendo separatamente verso entrambi. Quand'egli ha ottenuto pieno indennizzo da uno di essi, viene meno l'interesse e il titolo perch'egli si rivolga all'altro.

Il primo caso si avvera quando un mio familiare od ausiliario (commesso, operaio ecc.), nell'atto di adempiere per mio incarico l'obbligazione da me contratta, reca colposo danno al creditore. Egli risponderà per l'Art. 1151, io potrò essere perseguito con l'azione *ex contractu*, in altre parole per colpa contrattuale (1).

L'altro caso, nel quale le posizioni si invertono, si avrà quando nell'inadempimento dell'obbligazione imputabile al debitore ci sia stata la complicità (civile, si intende, e non penale) di un terzo, tale da far luogo ad azione di risarcimento pure in riguardo di costui. Si pensi, fra i tanti esempi escogitabili, alla responsabilità di chi ha attratto al proprio servizio una persona inducendola con ricompense speciali a rompere i patti ond'era legata verso di me. Io agirò sul terreno

---

(1) Cfr. F. Ferrara, cit. *Responsab. contrattuale per fatto altrui*, in *Arch. giuridico*, LXX (1903), pag. 426.

contrattuale verso il debitore inadempiente, e potrò agire sul terreno aquiliano verso il terzo sobillatore (1).

118 bis. Reclamano finalmente qui un cenno quei casi nei quali da taluno si parla della cosidetta *culpa in contrahendo*. Sino ad ora della colpa contrattuale si è discorso supponendo incorsa la colpa nella *esecuzione* di un contratto (o di altra obbligazione). Ma ora si domanda: *quid iuris* se colpa è commessa nella *formazione* del contratto? E le ipotesi che si sogliono qui prospettare sono assai varie. Il contratto, suppongasi, è assolutamente nullo o è annullabile: la causa della nullità o annullabilità era nota o doveva esserlo all'una parte contraente, ignota (e per ignoranza scusabile) all'altra. È evidente la ragionevolezza di un risarcimento alla parte delusa nella fondata sua aspettativa di aver conclusa una convenzione

---

(1) Sull'argomento si consulti la monografia già altra volta citata dell'HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, e DEMOGUE, cit. *Notions fondam. du Dr. privé*, pag. 423-424. L'HUGUENEY si propone a pag. 199 e segg. la questione sull'indole contrattuale o aquiliana dell'obbligazione del terzo complice e la risolve nel secondo senso. Ma ciò per lui ha base nel doversi considerare aquiliana anche la responsabilità del debitore, partendo egli dal principio che è delitto civile l'inadempimento doloso di un'obbligazione, dove che io invece ritengo si rimanga nel campo contrattuale. Certo è che della complicità civile si parla quando versano in dolo (non in semplice colpa) e il terzo e il debitore. Il che attenua (non foss'altro nei riguardi della prova) ma non distrugge la differenza fra il dichiarare contrattuale o aquiliana la responsabilità del debitore. Si pensi p. es. all'ipotesi di una clausola penale convenuta fra le parti pel caso di inadempimento dell'obbligazione. Il creditore che ne chieda il pagamento rimane pur sempre sul terreno della responsabilità contrattuale. Ove agisca invece per risarcimento, indipendentemente da detta clausola, verso il terzo complice, siamo evidentemente su terreno aquiliano. Quanto al Diritto tedesco è latissima la formula del §. 823 del Codice civile: « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder *ein sonstiges Recht eines anderen* widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ». Pure è dai più oppugnato che vi si contenga anche la lesione di un altrui diritto di credito. Cfr. per tutti, DERNBURG, *Das bürg. Recht d. Deutsch. Reichs und Preussens* II Bd. 2e Abth. (3a ediz., Halle, Buchh. des Waisenhauses 1906), § 383, pag. 698 e, con ampia trattazione e larga bibliografia, OERTMANN, cit. *Kommentar*, sul § 283, pag. 1058-1060. Veggasi quanto ho avvertito *supra* al n. 5, pag. 25-26.

valida, e se ne va a scovare qualche esempio nel Codice. Così l'Art. 1459, dopo di aver stabilito il principio che la vendita della cosa altrui è nulla, soggiunge: «essa può dar luogo al *risarcimento dei danni, se il compratore ignorava che la cosa era d'altri*». Per chi ravvisa qui nullità assoluta, l'articolo fa proprio al caso nostro. Parimenti l'Art. 1407 relativo ai beni dotali, di regola inalienabili, dichiara nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi. Ma nel 1º capoverso soggiunge: «Il marito però che vi ha acconsentito, *è obbligato pei danni verso colui col quale ha contrattato*, se nel contratto non ha dichiarato che la cosa alienata od obbligata era dotale» (1). Orbene, in questi e simili casi siamo di fronte a colpa contrattuale o a colpa extracontrattuale? E la domanda si ripete in ordine ai contratti fra assenti, disciplinati dall'Art. 36 del Codice di commercio. Il contratto bilaterale tra persone lontane non si perfeziona, così dispone il primo comma di quell'articolo, che nel momento in cui l'accettazione giunga a notizia del proponente (purchè nel termine dal proponente stabilito o in quello ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio). Ciò, soggiunge il primo capoverso, salvochè il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio: chè allora il contratto è perfetto appena la parte cui fu diretta la proposta ne abbia impresa l'esecuzione. Ebbene, sino a che il contratto non è perfetto, il secondo capoverso del predetto articolo consente all'una e all'altra parte di revocare rispettivamente la fatta proposta o la spedita accettazione, ma, continua, «sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopochè questa ne ha impresa l'esecuzione, *il revocante è te-*

(1) È poi questione, nella quale non è il caso qui di entrare, se il marito resti tenuto ai danni nell'ipotesi che l'acquirente conoscesse altrimenti che per dichiarazione del marito stesso il carattere dotale della cosa alienata od obbligata.

nuto al risarcimento dei danni ». Risarcimento dei danni per quale titolo? Se a titolo di colpa, si dirà per colpa contrattuale, ovvero per colpa aquiliana? Ecco il quesito.

Fu primo il JHERING che si fece innanzi qui col concetto della *culpa in contrahendo* (1), ciecamente accolto da taluno, da altri modificato in parte, da altri ancora fieramente avversato (2). Secondo questa teoria (3) chiunque entra in relazione d'affari con altri e gli fa un'offerta di contrattare, uscendo così dallo stato meramente *negativo* dei rapporti extracontrattuali, si obbliga con ciò stesso a rispondere verso di lui di ogni colpa di cui dovrebbe riparazione in virtù del contratto stesso. E però accettata che sia quest'offerta, anche se poi il contratto cade o non riesce a formarsi, permane all'infuori di

---

(1) JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher f. die Dogmatik*, u. s. w., IV (1860), pag. 1-112.

(2) Cfr. su questa varia accoglienza fatta alla teoria del JHERING, e in generale sul valore della teoria stessa, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 307, nota 5, pag. 230, § 308, nota 7, pag. 239-240, § 315, nota 7, pag. 269-270 (8ª ediz.) Ne sono poi entusiasti e la vogliono senz'altro applicata al vigente Diritto francese i Signori BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 362, pag. 407-410. Più moderato erasi mostrato riguardo al Diritto francese il SALEILLES, nel *Résumé des dispositions du Projet du Code civil allemand sur les sources de l'obligation*, in *Bulletin de la Société de législat. comparée*, XVIII, n. 7, pag. 587-588, affermando che come regola generale in caso di nullità di un contratto per illiceità di oggetto, la parte che ne soffre non possa valersi che delle norme della colpa aquiliana ed esponendo solo il dubbio che l'Art. 1599 del *Codice francese* (analogo al già citato 1459 del nostro) contenga il germe di un'altra teoria più feconda, analoga a quella germanica, onde la colpa s'abbia a considerare qui contrattuale. Nel tempo stesso, esposta la teoria speciale del JHERING, concludeva: « tout ceci est quelque peu subtil » (pag. 588). Ma poi nel più vasto lavoro più volte citato *Étude sur la théorie gén. de l'obl.* etc., n. 161, pag. 176-177 (2ª ediz.) egli abbandona l'Art. 1382 Cod. fr. (1151 del nostro) fondandosi sull'Art. 1599 soltanto, come quello che indubbiamente rappresenta un semplice caso d'applicazione d'un principio generale proprio della legislazione francese, sicchè il concetto denominato dal JHERING del *Negative Vertragsinteresse*, di cui si dirà bentosto, sarebbe « une idée française autant qu'allemande ».

(3) Mi valgo per brevità del felice riassunto che ne danno ai citati luoghi il SALEILLES e i Sigg. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE.

esso una convenzione di responsabilità contrattuale, per cui il promittente risponde dell'imprudenza commessa col proporre un contratto che non doveva arrivare in porto. È dunque un patto di responsabilità, tacitamente accettata dalla controparte, che si innesta nella stipulazione o trattazione del contratto principalmente divisato, patto che sorgerà a carico di ambe le parti datochè si tratti di stipulare un contratto bilaterale. Di qui il carattere contrattuale di questa colpa. L'elemento colposo precisamente sta in ciò, che ogni persona che propone di contrattare dev'essersi prima assicurata che nè in sè stessa, nè nell'oggetto che vuol dedurre nell'obbligazione propria, vi ha nulla che si opponga all'esistenza o alla validità del contratto cui mira. Precisamente col proporre il contratto essa garantisce di aver fatta questa verificazione preliminare, in altri termini che essa è in grado di concluderlo senza che possa risultarne più tardi un danno per l'altra parte. Se dunque il contratto viene poi annullato o dichiarato inesistente per un motivo che è personale al proponente o che è dedotto dalla natura dell'oggetto della sua obbligazione, deve essere responsabile, perchè ciò suppone che non abbia fatta la predetta verificazione preliminare o che l'abbia fatta male. In questo caso esso deve, a titolo di riparazione alla controparte, l'equivalente dell'interesse che questa avrebbe avuto a non contrattare, ciò che il JHERING esprime con una formula di sua creazione, la quale ha trovato favore anche presso alcuni che non accettarono o non interamente la sua teoria della *culpa in contrahendo*, voglio dire con l'espressione *das negative Vertragsinteresse*, in contrapposto all'interesse relativo all'esecuzione del contratto rapporto obbligatorio (*Erfüllungsinteresse*). In altre parole non sarà dovuto al contraente di buona fede che soffre per il venir meno del contratto « quanto avrebbe potuto ritrarre ove il contratto avesse avuto luogo; bensì ciò che avrebbe avuto se la proposta non avesse suscitato in lui la fiducia del contratto. Quindi, anzitutto, tutte le spese incontrate per mettersi in grado di eseguirlo (pigione di magazzini, noleggio di bastimenti, provvigioni a mediatori,

telegrammi, ecc.); inoltre, se compratore, la perdita subìta per aver trascurato di provvedersi altrove delle merci necessarie; e se venditore, per aver rifiutate altre occasioni favorevoli di vendita » (1). E che questa parte della teoria del JHERING concernente la valutazione del danno, possa staccarsi dal resto della teoria stessa, lo dimostrano i compilatori del *Codice civile germanico*. Sta in esso un paragrafo, il § 307, che ha adottato in massima il predetto *negative Vertragsinteresse* (2), eppure nei *Motivi* sul paragrafo stesso è detto apertamente che si volle lasciare alla scienza la decisione del quesito se qui trattisi di colpa *ex delicto* o di colpa contrattuale, senza nulla decidere sulla *culpa in contrahendo* (3).

Fra noi favorevole in massima al concetto e alla denominazione della *culpa in contrahendo* si mostra il CHIRONI, che ne discorre in più luoghi della citata sua opera (4), benchè alla teoria del JHERING egli dichiari di apportare talune

---

(1) BOLAFFIO, sugli Art. 36-37 del Codice di commercio nel cit. *Commento* di Verona, Vol. I, n. 252, pag. 444. Cfr. pure L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, XXV (1900) (pag. 721-738), il quale giustamente nota che il lucro mancato per altre buone occasioni lasciate sfuggire « suol restare al di sotto di quello che assicurava il negozio annullato, ma eventualmente può raggiungerlo. Non può però superarlo, perchè non può lamentarsi di un danno maggiore il contraente che non poteva contare che su quel guadagno che gli veniva dal contratto, e mancherebbe per l'altra parte ogni interesse a far dichiarare nullo un contratto, se l'indennizzo dovesse sorpassare il sacrificio dell'esecuzione ». È quanto afferma, come si vedrà, il § 307 del Codice germanico, che riporto nella nota seguente.

(2) § 307 « Wer bei der Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze *des Schadens* verpflichtet, *den der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut* (jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Gültigkeit des Vertrags hat). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Theil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss ».

(3) HAIDLEN, *Op.* e *Vol. cit.*, sul § 307, pag. 368.

(4) CHIRONI, *cit. Colpa contrattuale* (2ª ed.), n. 4 bis, pag. 12 e segg., n. 46 bis, pag. 100 e segg., n. 95, pag. 233, n. 101, pag. 249, n. 108, pag. 262-263, n. 175 quater, 175 quinq., pag. 393-396.

modificazioni, fra cui principalmente questa, ch'egli, ravvisando in tutti i casi sopra indicati la colpa contrattuale e non l'aquiliana, dice di non connetterla «ad un'obbligazione distinta da quella viziata [o soggiungo io non conclusa], sibbene allo stesso rapporto di obbligazione, separandovi la parte inefficace dal *momento* in cui le volontà s'incontrano a garantire la serietà dei propri atti concorrenti alla costituzione del vincolo. Questa *garanzia* sopravvive alla parte caducata del rapporto, e, contenuta com'è nell'obbligazione, la *colpa* che vi si riferisce è contrattuale, ed il contratto è quello stesso che, posto nel nulla per rispetto alla prestazione concretamente considerata, vive ancora nell'obbligazione del proponente di garantire all'accettante, *insciente del vizio*, la serietà dell'offerta, la verità del diritto ch'egli intende di trasferire» (1).

Il tema, in verità attraentissimo, se doveva qui accennarsi per dimostrare quanto è ampia la cerchia dei casi in cui si discute sulla natura contrattuale od extracontrattuale della colpa, non può essere nel presente paragrafo sotto tutti gli aspetti approfondito, perchè ciò presupporrebbe troppe cognizioni sui contratti in genere, che sarebbe ora prematuro e fuor di luogo l'esporre. Per esempio, uno dei punti in cui più vivamente si discute sugli effetti della colpa e sulla natura sua riguarda l'ipotesi in cui la volontà reale di un contraente sia disforme dalla sua dichiarazione (2). Dovrà il contratto rimanere tuttavia in piedi? E se no, come porta l'opinione nella teoria dominante, sarà dovuto compenso alla controparte che in buona fede contrattò ritenendo corrispondente alla realtà la dichiarazione dell'altro contraente? E a che titolo dovuta? Solo se quel contraente versava in dolo o in colpa, od anche

---

(1) Chironi, *Op. cit.*, n. 46 bis, pag. 101.

(2) Donde il trovarsi nel Codice civile germanico sotto il titolo della *dichiarazione di volontà* (*Willenserklärung*) un §. analogo al §. 307 dianzi citato. È il § 122. Analogo, dico, e non identico, chè il § 307 suppone dolo o colpa di uua delle parti che *conosce o deve conoscere* la *impossibilità dell'obbietto* dedotto in contratto, mentre l'interesse negativo nel caso d'*errore o trasmissione errata di volontà* è per il § 122 dovuto astrazione fatta da quell'elemento subbiettivo.

se non c'è stata colpa di sorte da parte sua? E risoluto quest'ultimo quesito nel senso che occorra la colpa, ci si arresterà alla colpa lata? Ecco una serie di quesiti che ci portano nel cuore, per dir così, del sistema contrattuale, come quelli che si riferiscono al tema della volontà e responsabilità nei contratti (1). Si capisce dunque come qui non possiamo indicare che alcune linee generali.

Ora a me sembra che in questo tema della *culpa in contrahendo* siansi fatti, con dubbio successo, troppi sforzi di sottile dialettica. Per sè stesso l'obbligo di non recar danno ad altri *in nessuna maniera* e quindi nemmeno col proporgli, o fargli stringere, per propria colpa, o peggio per dolo, un contratto che poi non viene a sussistenza o non regge, è e rimane sempre quell'obbligo generico del *neminem ledere*, che genera, se inosservato, la colpa extracontrattuale, nè muta siffatta natura nel momento in cui realmente Tizio va a recare questo danno a Caio entrando in rapporti con lui. Sempre, quando prende corpo la colpa aquiliana, ciò avviene fra due determinate persone, una delle quali manca verso l'altra al predetto obbligo generico del *neminem ledere*, ma non per questo si pensa che spunti allora fra di esse un apposito accordo, per virtù del quale si imprima alla colpa, generatrice dell'obbligazione del risarcimento, carattere contrattuale. E perchè supporre un simile tacito accordo sol per questo, che il mezzo onde si reca dolosamente o colposamente danno altrui è la proposizione o la conclusione di un contratto? Nè a tale obbiezione sfugge di certo la costruzione architettata dal CHIRONI, dal momento ch'egli rimane pur sempre nell'ambito del contratto che le

---

(1) Fin d'ora indico sull'argomento V. SCIALOIA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici* (Roma, Perelli 1885), EISELE, *Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten* (Jena, Fischer 1887) FERRINI, *A proposito di un libro del prof. Eisele* ecc. in *Monitore dei Tribunali*, XXVIII (1887), pag. 737-739 e, con ampia trattazione e ricca letteratura, F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 2ª ediz. (Milano, Soc. editr. libr. 1905), Introduzione, pag. 1-26.

parti si erano accinte a stipulare e del quale considera parte integrante la reciproca garantia della serietà dei proprî atti concorrenti alla costituzione del vincolo.

Tutto questo vale più che mai se il contratto proposto non viene poi, nemmeno in apparenza, alla luce, perchè la proposta venga, entro il termine dalla legge consentito, revocata: dunque nel caso del citato art. 36, pen. capov. del Codice di commercio. È già una singolarità in un sistema legislativo come il nostro, dominato dal principio della responsabilità subbiettiva, il disposto dell'articolo stesso, chè non vi ha colpa in chi tempestivamente revoca la fatta proposta (o la spedita accettazione) dal momento che non fa che usare di una facoltà dalla legge stessa a lui consentita. Il che non significa che non ci possano essere state delle buone ragioni perchè si ammettesse tuttavia l'obbligo al risarcimento di danni (1), ma si deve allora francamente riconoscere trattarsi di un caso eccezionale di responsabilità senza colpa. Chè se invece la cosa si voglia ad ogni costo portare sul terreno della colpa, questa non potrebbe dirsi che aquiliana (2) e non, come vuole il CHIRONI, contrattuale, dacchè il contratto è rimasto *in spe*, non venne assolutamente a maturazione.

---

(1) Le indicano, con notevole senso pratico, il VIVANTE, cit. *Trattato*, IV, (3ª ediz.), n. 1546, pag. 53-54 e il BOLAFFIO, cit. *Commento di Verona* I, sull'Art. 36, n. 252, pag. 442 e segg. (edizione del 1883) e vol. I, parte I, della già citata 4ª ediz., sull'art. 4, n. 93, pag. 288. Ha receduto così il BOLAFFIO dalle censure che aveva mosse per questa parte al legislatore commerciale nella memoria *L'art. 36 del nuovo Codice di commercio ed i contratti per telefono* inserita in *Archivio giuridico*, XXIX (1882) (pag. 505-520), pag. 507-511. Taccio invece delle tante più o meno artificiose costruzioni teoriche (mandato, *negotiorum gestio*, taciti patti di garentia ecc.) a cui sono ricorsi altri non meno eminenti giuristi per rendersi conto della disposizione in esame, mentre è tanto semplice il parlare qui di un'*obligatio ex lege*, come fanno, per tacer d'altri, il GABBA, *Momento perfezionativo del contratto fra assenti* in *Questioni di Dir. civ.*, vol. II, (2ª ediz., Torino, Bocca 1911), pag. 198-199 e A. SCIALOJA, *La dichiaraz. unilaterale di volontà* ecc., in cit. *Studii di Dir. privato*, a pag. 104.

(2) Cfr. VIDARI, cit. *Corso di Dir. comm.*, vol. III (5ª ediz., Milano, Hoepli, 1905), n. 2385, pag. 270.

Imaginarsi poi se potremmo estendere una disposizione di tal natura al caso in cui le trattative fra le parti si arrestino ad uno stadio anteriore, cioè si tronchino mentre non ancora si aveva una proposta concretata in tutti i suoi punti e regolarmente diretta da una parte all'altra! Pure c'è chi anche allora pone come regola che la parte che dalle trattative recede (come ne ha il diritto) debba indennizzare l'altra, bensì nei limiti delle spese e del costo effettivo del lavoro che i periodi di preparazione, spesso lunghi e laboriosi, importano, repudiandosi invece il concetto dell'interesse negativo. Ripetutamente e con sottili indagini tale tesi fu sostenuta da un eminente nostro magistrato, il consigliere GABRIELE FAGGELLA (1) e la accolse un collegio giudiziario da lui presieduto (2). Badisi bene che ciò che vi ha di caratteristico in codesta tesi è il prescindere da ogni elemento di dolo o di colpa nella rottura delle trattative, proprio come ne prescinde, lo si è visto, l'Art. 36 pen. capov. Cod. comm. in riguardo allo stadio di elaborazione tanto più avanzata ch'esso contempla. C'è, si dice, « violazione illegittima di un *accordo precontrattuale* sull'espletamento o almeno sulla continuazione delle trattative e questa violazione fonda una *responsabilità* che noi chiamiamo *precontrattuale*, come chiamiamo *precontrattuale la colpa che la generi quando la violazione abbia i caratteri della colpa* (3) ». Io non escludo che anche il recesso dalle trattative in una fase anteriore a quella che l'Art. 36 del Codice mercantile contempla possa far luogo al risarcimento di danni, ma questo secondo i principî generali, cioè allora soltanto che per le circostanze che vi si accompagnano, detto recesso presenti i caratteri del delitto o del quasi delitto (4); nei quali casi poi l'estensione dei

---

(1) G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruz. scientifica*, in cit. *Studi* in onore di C. FADDA, Vol. III, pag. 271-342 e *Fondamento giurid. della responsab. in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giurid.*, LXXXII (1909), pag. 128-150.

(2) Sentenza 31 marzo 1909 del Trib. di Napoli (causa Miceli-Calcagno), in *Il Dir. commerciale*, XXVIII (1910), p. II, pag. 48-50, a cui segue una nota in senso contrario (pag. 50-55) dell'ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, comparsa pure in *Monit. dei Trib.*, II (1910), pag. 341-343, con due sole aggiunte, una delle quali diretta a ribattere la affermazione del FAGGELLA, che già in Diritto romano soccorresse qui un'*actio in factum*.

(3) FAGGELLA, cit. *Studi* in onore di C. FADDA, n. 34, pag. 301-302.

(4) Tizio, p. es., tiene a bada Caio con lunghe trattative finchè gli riesce di

danni da risarcire si regolerà pure coi criterî generali che verranno a luogo opportuno indicati. Tanto è invece eccezionale il disposto del citato capov. dell'Art. 36 Cod. comm., che voci autorevolissime sono sorte persino a proclamarne la inapplicabilità ai contratti *civili* fra assenti (1): ma se pure, com'è più comune insegnamento, sino a questo punto non si creda di giungere, gli è perchè l'Art. 36 *nella sua totalità* par destinato a colmare quella lacuna sul regolamento del contratto fra assenti che sino all'attuazione del vigente Codice mercantile si lamentava *in tutto il campo del Diritto privato*. O, se vogliamo prendere altra via, potrà dirsi che, applicando nella *identità* del caso ai contratti civili quanto è dettato pei commerciali non si fa che una interpretazione estensiva, della quale anche le disposizioni di *ius singulare* sono pur suscettive; mentre invece (2) applicare quella norma singolarissima di responsabilità obbiettiva a *circostanze di fatto diverse* costituirebbe, quando pure si rimanga nel terreno delle negoziazioni commerciali, un'applicazione *analogica*, espressamente interdetta dall'Art. 4 Tit. prelim. del Codice civile. Non regge infatti l'assunto del FAGGELLA che la differenza tra la fase della proposta già fatta e le altre fasi preparatorie sia semplicemente quantitativa e non qualitativa; dacchè soltanto alla proposta compete una individualità giuridica a sè come uno dei due fattori onde ogni contratto è la risultante (3). *De iure condendo* potranno forse esserci ragioni in favore della tesi che sto oppugnando. E dico forse, perchè in fondo il rischio di veder di punto in bianco troncate le trattative è reciproco e il volerlo sempre compensato può tradursi in una re-

---

fargli perdere l'occasione di altro buon affare e, appena ottenuto l'intento, tronca le pratiche.

(1) Così GABBA, cit. *Momento perfezionativo del cont. fra assenti*, pag. 177 e segg. e GIORGI, *op. cit.*, Vol. III, n. 240, pag. 305 (7ª ediz.), cui aderisce l'ALBERTARIO nella *nota* citata, a pag. 51-52.

(2) Conf. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsab. precontrattuale*, in *Il Dir. commerc.*, XXVIII (1910) p. II (pag. 235-251), n. 3-5 pag. 237-239.

(3) Tanto che c'è chi qualifica la proposta un vero e proprio negozio giuridico unilaterale, VIVANTE, *op. e vol. cit.*, n. 1519, pag. 23, CICU, *L'offerta al pubblico*, Parte I (Sassari, Gallizzi 1902), n. 7-9, pag. 41-45, GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare* (Frascati, Tip. Tuscolana 1903), pag. 67, 77, 153-154, NATTINI, *loc. cit.*, n. 7-9, pag. 240-243, che indica gli autori in senso contrario, fra i quali, per tacere degli stranieri, vanno segnalati fra noi SEGRÈ, *Studi sul concetto*

mora alle iniziative commerciali (1). Ma il guaio si è che il valoroso autore di codesta teorica non la sostiene soltanto da un punto di vista dottrinale, ma ritiene formi già parte del nostro Diritto vigente, tanto da averne egli fatta applicazione, come si è detto, nella sua veste di magistrato (2).

---

del negozio giuridico ecc., in *Riv. it. per le sc. giuridiche,* XXVIII (1899) (pag. 161-253) e XXIX (1900) (pag. 1-45), Vol. XXIX, pag. 33-34 e BARASSI, *La notificaz. necessaria nelle dichiaraz. stragiudiziali* (Milano. Soc. ed. libr. 1906), n. 4, pag. 7-8, che però le riconosce « carattere negoziale, non in quanto sia negozio a sè, ma in quanto è elemento del *tutto* (contratto) avente natura di negozio giuridico ». Il che basta per segnare un' intrinseca profonda differenza dalle semplici trattative. Sulla detta questione, se la proposta sia o no negozio giuridico a sè, non è il caso ora di entrare.

(1) Conf. ALBERTARIO, *loc. cit.*, pag. 54.

(2) Si suole indicare il SALEILLES come aderente alle idee del FAGGELLA. Certamente il compianto giurista francese le accolse con grande plauso e le esplicò in una elaboratissima memoria intitolata « *De la responsab. précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière,* in *Revue trimestr. de Droit civil,* VI (1907) pag. 697-751. Ma basta leggere quanto sta scritto a pag. 726-727 per convincersi che l'adesione, addirittura entusiastica, del SALEILLES è rivolta alla dottrina come informatrice di una futura riforma legislativa. Esclusa la colpa, esclusa una presunzione di impegno tacito, l'obbligo al risarcimento in questione non può, egli dice, derivare che dalla legge. « Seulement, si l'on veut poser la question sur le terrain du droit actuel, et non plus sur celui des réformes législatives, il est difficile de trouver dans les législationes issues du Code civil français, et c'est le cas du Code civil italien, un fondement légal à cette obligation etc ». Salvo che gli interpreti siano tanto arditi da commentare in un senso puramente obbiettivo gli Art. 1382, 1383 del Cod. civ. fr. (1151, 1152 del nostro) « ce sera — au législateur — à etablir une reglementation formelle du risque pré. contractuel, comm il l'à déjà fait pour le risque professionel ». Sta col SALEILLES in Francia il MOREL, *Du refus de contracter, opposé en raison de considérat. personnelles*, in *Revue trimestr, de Dr. civ.*, VII (1908) (pag. 289-311), pag. 306-308. Fra noi ha accolto la teorica del FAGGELLA il DEGNI. *Addizione* alla trad. it. del *Trattato della vendita e della permuta* dei Sigg. BAUDRY LACANTINERIE e SAIGNAT (Milano, Vallardi) n. 1, pag. 1024-1025; la hanno oppugnata, oltre ai ricordati ALBERTARIO e NATTINI, il LONGO (CARLO) nel rendere conto dei loro scritti in *Riv. di Dir. civile*, II (1910), pag. 437-438 e pag. 580 e il NAVARRINI, *Trattato teor. prat. di Dir. comm.*, Vol. II (Torino, Bocca 1914), n. 452 pag. 156, nota 2.

Se, anzichè arrestarsi a fasi preparatorie più o meno inoltrate, si ha un contratto definitivamente concluso, ma affetto da vizî per cui o fino *ab initio* la sua esistenza non sia che apparente (nullità radicali), ovvero in seguito esso venga posto nel nulla su domanda della parte interessata, non diverse dovranno essere le nostre conclusioni (1). Alla esposta teorica del JHERING vanno mossi infatti due appunti capitali: 1°) che, parlando egli di un obbligo *contrattuale* al risarcimento, avrebbe dovuto logicamente concludere all'interesse contrattuale positivo (pieno indennizzo) e non al semplice interesse negativo (2): 2°) che vi si suppone sempre la colpa anche se per avventura di nulla sia imputabile il contraente che nel contrattare usò la debita diligenza e tenne la condotta più normale e inappuntabile. Si abbia allora il coraggio di dire addirittura che si erige a regola in tutti questi casi, non una inutile e inverosimile presunzione di colpa, ma la responsabilità senza colpa, o responsabilità obbiettiva che dir si voglia (3), coonestandola, tutt'al più, con la ragione recata dal WINDSCHEID, del dover ogni contraente rispondere per le conseguenze pregiudizievoli

---

(1) Fo qui tesoro (modificando talune affermazioni contenute nella 1ª edizione) specialmente delle osservazioni di L. COVIELLO, *loc. cit.*, seguito interamente dal FORMICA, v. *Danni* in *Diz. privato dello Scialoja*, II (pag. 542-566), n. 12, pag. 547-548, e con lucida esposizione dal VENZI nella nota aggiunta alle *Istit.* del PACIFICI-MAZZONI nel cit. vol. IV, pag. 457-461, e in buona parte dal BURZIO, *La divergenza fra volontà e dichiaraz. di volontà e la « culpa in contrahendo »* in *Monit. dei Trib.*, XLII (1901), pag. 821-823.

(2) Cfr. MELLIGER, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen u. s. w.* 2ª Aufl. (Zürich, Zürcher u. Furrer 1898), pag. 156, su cui veggansi le notevoli recensioni del BARASSI in *Arch. giuridico*, LXII (1899), pag. 591-596) e del HELLMANN, in *Krit. Vierteljahresschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss.*, XLII (1900), pag. 61-64.

(3) E infatti lo stesso JHERING posteriormente se ne avvide. Trascrivo parte della nota 90 del suo lavoro sulla colpa nella traduzione francese del DE MEULENAERE. *De la faute en Droit privé* (Paris, Marescq 1880), pag. 43-44: « La théorie que j'ai établie de la *culpa in contrahendo*, en prenant pour base l'idée restreinte de l'injustice subjective n'épuise pas la matière, et ma formule sera certainement remplacée par une autre plus large et plus objective etc. ».

della fiducia suscitata nella controparte, con la propria dichiarazione di volontà, sull'effettivo acquisto della ragione di credito, posto che tale acquisto resti invece escluso per un motivo che la controparte non conosceva e non era obbligata a conoscere (1). Ma se così è, non ho che a ripetere quanto notava poc'anzi in riguardo alle trattative troncate, non potersi cioè, dati i principî fondamentali della nostra legislazione civile, ammettere altri casi di responsabilità obbiettiva oltre quelli eccezionalmente, e però tassativamente, fissati. *De iure condito* adunque la *massima* sarà che di responsabilità *in contrahendo* presso di noi non si parli se non quando il contraente versi, nella formazione del contratto, in dolo o colpa. Responsabilità aquiliana non avendo il contratto (nullo ab origine o posteriormente annullato) altro carattere che di un'arma qualsiasi con la quale si è recato danno ad altri come si sarebbe potuto recarglielo per mille altre vie (2). Su di che insisto, parendomi trattarsi di un principio di ragione così generale, da doversi applicare anche nei casi in cui il contratto è annullato per titolo di incapacità di una delle parti, senza che vi possa fare ostacolo in danno dell'altra il noto canone « qui cum alio contrahit vel est vel *debet esse non ignarus* conditionis eius » (3). Da questo canone decampò pure il legislatore nostro quando chi contrattò con un minorenne fu vittima di raggiri o mezzi dolosi coi quali il minorenne ha occultato di essere tale; ne decampò sino al punto di tener fermo addirittura il contratto, togliendo all'incapace la facoltà di impugnarlo (art. 1305 Cod. civ.). Ora io non dico che a

---

(1) WINDSCHEID, *Op.* e *Vol. cit.*, § 307, pag. 230.

(2) Può parere strano il trovare nelle fonti romane, persino in casi di assoluta inesistenza del contratto, dove è più che mai evidente non potersi parlare che di colpa extracontrattuale, dei passi che danno all'acquirente l'*actio emti* (dunque azione contrattuale) per l'indennizzo in confronto dell'alienante. Veggansi il § 5 Inst. de emt. et vendit. 3, 28 e le l. 4, 5 6 di POMPONIO e di PAOLO, 62 § 1 di MODESTINO, 70 di LICINIO RUFINO D. de contrah. emt. 18, 1. Ma veggasene la giustificazione storica in SALEILLES, cit. *Étude* etc., n. 155, 156, pag. 160-168.

(3) L. 19 pr. D. de reg. iur. 50. 17 di ULPIANO.

tanto si debba giungere anche se gli speciali estremi di frode voluti all'uopo dal patrio legislatore non ricorrano; si valga pure p. es. il minore (o chi per lui) del diritto di impugnativa del contratto benchè abbia egli deliberatamente voluto nuocere all'altra parte e per meglio raggiungere l'intento le abbia falsamente dichiarato di avere ormai toccata la maggiore età; ma, data l'escusabilità dell'altro contraente, ammettasi tuttavia a favor di costui il risarcimento dei danni (1). Il capoverso infatti dell'art. 1305 « *Ma* a costituire in dolo il minore *non basta* la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore » va collegato con la prima parte dell'articolo stesso, come dimostra l'avversativa *ma* onde principia. *Non basta* cioè all'effetto specialissimo di privare dell'azione di nullità, del quale effetto quell'articolo tratta; ma rimane poi ferma l'applicabilità al caso del successivo art. 1306, che nei termini più generali dichiara pareggiato il minore al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto.

Rinvio ai debiti luoghi altre applicazioni dei principî qui posti: così p. es. per quanto riguarda vizî di consenso e in particolare annullamento di contratti per titolo di errore (2).

E chiudo invece accennando a casi in cui trattasi bensì di imperfezioni concomitanti al sorgere del contratto, ma, esistendo tuttavia pienamente ad onta di esse il rapporto o vincolo *obbligatorio*, la originaria *culpa in contrahendo* cede il campo alla ordinaria colpa contrattuale con le normali sue conseguenze.

Questo si verificherà anzitutto se si tratti di vizio nel titolo d'acquisto, sempre nella ripetuta ipotesi che questo vizio

---

(1) Cfr. VENZI, *loc. cit.*, pag. 460.

(2) Ricordo sin d'ora, come memoria speciale sul tema, il lavoro del CORTE-ENNA, *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, in *Il Filangieri*, XXIX (1904), pag. 241-257, 419-436, 499-507, 821-841, 911-918, alla cui copiosa bibliografia aggiungo soltanto, per ciò che riguarda il cosidetto errore ostativo, il recentissimo volume del MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo* (Roma, Athenaeum 1915) in quanto si occupa della *culpa in contrahendo* al n. 82, pag. 296-301.

sia scusabilmente ignorato dall'acquirente; il risarcimento cui questi abbia diritto pel fatto di non aver conseguita la cosa o di averla perduta per sofferta evizione, sarà allora effetto di colpa contrattuale. Infatti, prendendo ad esempio la vendita della cosa altrui, reputo debba dirsi, ad onta dei termini in apparenza contrarî dell'art. 1459 già dianzi citato, che il contratto, qual fonte di obbligazione pel compratore, esiste e l'eseguibilità non se ne può escludere: eseguibilità attestata a chiare note dall'art. 59 Cod. comm., cve, tutto all'opposto del 1459 del civile, è dichiarata valida la vendita di cosa altrui, eseguibilità raffermata dall'art. 1510 del Codice civile stesso, per cui « il compratore, se è o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può *sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie* », eseguibilità finalmente da tutti ammessa con l'insegnare che il vizio appunto è sanato quando l'alienante acquisti poi la cosa d'altri che l'acquirente in buona fede comperò da lui. Ciò posto è il caso di dire che la eventuale colpa nella *formazione* si traduce oramai in colpa nell'*esecuzione* del contratto, donde contrattuale la natura della colpa stessa.

Altrettanto ripetasi nei casi in cui venga meno il contratto per vizî o difetti occulti della cosa (venduta o locata, art 1498, e segg. e 1577) e l'alienante o il locatore, imputabile di dolo (accertato nel primo, presunto *iuris* nel secondo) debba risarcimento di danni (art. 1502 e 1577 i. f.). Chè quando si deduce la prestazione di una cosa in contratto, s' intende cosa immune da vizî e quindi *mal si esegue il contratto* stesso dandola invece viziata.

SEZIONE IV.

Della mora.

SOMMARIO: 119. Concetto della mora e distinzione della *mora del debitore* dalla *mora del creditore*. Casi di inesecuzione sotto la semplice apparenza della mora; in particolare dei cosidetti *Fixgeschäfte*. — 120. MORA DEL DEBITORE. Suoi requisiti. In particolare della massima *in illiquidis non fit mora*, della distinzione fra *mora ex re* e *mora ex persona* e della regola *dies interpellat pro homine*. — 121. Effetti della mora. — 122. Purgazione della mora. — 123. MORA DEL

CREDITORE. Nozione e requisiti. — 123 *bis*. Effetti. — 123 *ter*. Cessazione della mora del creditore. — 123 *quater*. La *esecuzione coattiva* degli art. 68 e 69 Cod. comm.: rinvio.

119. Dall'inadempimento assoluto dell'obbligazione passiamo a discorrere del ritardo nell'adempimento. Ove questo ritardo sia colposo, assume il nome tecnico di *mora*. È vivamente disputato fra' romanisti se la mora supponga colpa, ma in verità la disputa si può risolvere osservando che nelle fonti talvolta mora è adoperata nel predetto senso tecnico, tal altra come sinonimo di ritardo, e basti per tutti un passo ove sta la parola in entrambi i sensi, cioè la l. 24 pr. D. de usur. et fruct. et caus. etc. 22, 1 di PAOLO: « Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit ». Certo è che nella nostra legislazione quale mora, per gli effetti speciali ad essa inerenti, è da intendere il ritardo colpevole, e lo dimostra l'Art. 1225, già esaminato, nel quale appunto sono fatte assieme le due ipotesi di inadempimento e di ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione. La mora incolpata, il semplice ritardo, astrazion fatta da ogni indagine sulla colpa, potrà produrre anch'essa i suoi effetti, ma diversi da quelli della mora in senso tecnico. Finalmente notiamo che talvolta la legge parla in senso improprio di obbligazioni *con mora* per indicare obbligazioni a termine (cfr. Art. 1832, 2090).

Quella che noi abbiamo qui particolarmente da studiare e a cui si attaglia la nozione ora esposta è la mora del debitore (*mora solvendi*). Ma dobbiamo accennare che vi ha anche possibilità di ingiusto ritardo da parte del creditore che non si presti a ricevere in tempo debito il pagamento (*mora accipiendi*). Ne diremo alla fine del presente paragrafo, riserbandoci però a trattarne più estesamente quando si dirà del pagamento quale modo di estinzione delle obbligazioni, nonchè dell'offerta reale e del deposito, ch'è materia al pagamento strettamente connessa.

Ad esaurire queste idee preliminari dobbiamo ancora notare che il contenuto dell'obbligazione può essere tale che il

non eseguirla in tempo corrisponda oramai a non eseguirla affatto, sicchè non è più il caso di parlare in allora di semplice mora, ma di assoluto inadempimento. Tizio, suppongasi, si è obbligato ad eseguire per conto mio un certo atto, giudiziale o stragiudiziale, per cui è fissato un termine perentorio; se lo lascia trascorrere senza compier l'atto, si dirà oramai mancata l'esecuzione dell'obbligazione (1). Anzichè dalla natura della prestazione promessa, com'è nell'esempio ora addotto, può ciò provenire dalla concorde intenzione delle parti al momento in cui l'obbligazione fu contratta, nel qual caso, senza che si possa indagare se tuttavia la prestazione presenterebbe o no interesse pel creditore, questi ha diritto di non volerla più, considerando mancata affatto e non semplicemente ritardata l'esecuzione. Abbiamo in tal caso quelli che la dottrina tedesca chiama *Fixgeschäfte*. E queste due posizioni ora accennate, nelle quali dunque non è più il caso di parlare di semplice mora, noi le troviamo nettamente distinte nel *Codice svizzero delle obbligazioni* del 1883 più volte citato, agli Art. 123 e 125. Il primo, relativo appunto ai cosidetti *Fixgeschäfte*, dispone: « Ove risulti dal contratto l'intenzione dei contraenti che l'obbligazione debba eseguirsi a tempo determinato, non prima nè dopo, o entro un dato termine e non più tardi, e l'adempimento non segua nel termine fissato, l'altra parte può di pieno diritto recedere dal contratto ». L'altro, cioè l'Art. 125, dice: « Se per la mora del debitore la prestazione abbia perduto ogni interesse pel creditore, questi può rifiutarne l'accettazione, ritenere la controprestazione, o, se già la avesse eseguita, chiederne la restituzione, e domandare inoltre, quando provi esservi colpa, il risarcimento dei danni » (2). L'attuale Codice del 1911 non ha fatto che fondere i due articoli con maggior concisione nell'art. 108 n. 2 e 3 (3).

---

(1) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 45, pag. 75 (7ª ediz.).

(2) V. su questi due articoli del *Codice svizzero*, posti a raffronto nello stesso senso da me indicato, SCHNEIDER *u.* FICK, *Op. e Vol. cit.*, pag. 255-257.

(3) Cfr. ROSSEL, *Op. cit.*, pag. 141.

Parimenti non è concepibile mora nelle obbligazioni di non fare. Tizio, p. es., si è obbligato a non locare una sua bottega, vicina a quella di Caio, a persona che eserciti lo stesso ramo di commercio di Caio medesimo. Come possibile il parlar qui di mora? All'obbligo assunto non sarà concepibile che Tizio manchi riguardo al tempo, ma solo compiendo ciò che non doveva, nel quale caso applicheremo l'Art. 1221: «Se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione» (1), articolo del quale chiariremo altrove il senso.

Esaminiamo ora partitamente gli estremi necessarî perchè si parli di mora del debitore, gli effetti di essa, e finalmente come ne cessino gli effetti, il che con espressione tradizionale, per quanto inelegante, si chiama purgazione della mora (*purgatio morae*).

120. MORA DEL DEBITORE. *Requisiti*. Va da sè che deve trattarsi di debito certo e scaduto. Il ritardo poi dev'essere ingiusto, dev'essere imputabile al debitore, e in taluni casi finalmente dev'essere accertato mediante la cosidetta costituzione in mora.

Ritardo anzitutto *ingiusto*: non si potrebbe, p. es., parlare di mora nella restituzione di cosa ricevuta in deposito, se, essendo morto il deponente che ha lasciato più eredi, e trattandosi di cosa indivisibile, il depositario si rifiutasse di resti-

---

(1) GIORGI, *Op. e Vol. cit.*, n. 46, pag. 76-77; MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti* (Milano, Soc. ed. libr. 1911), n. 66, pag. 126-127, WENDT, cit. *Unterlassungen u. Versäumnisse*, § 6, pag. 68-69. Il punto è ai nostri occhi tanto ovvio da potercisi perfino rimproverare questo inutile lusso di citazioni. Ma inutile non è se si pensi a certe distillazioni di concetti ultrametafisici che hanno fatto mettere la cosa in dubbio, e persino affermare possibile *mora solvendi* anche nelle obbligazioni di non fare. Veggasi in argomento, per tacer d'altri, LEHMANN, *Die positive Vertragsverletzungen*, in *Arch. f. die civ. Praxis*, XCVI (1905) (pag. 60-113), § 4, pag. 68-75 e GOLDE, *Nachträgliche Ummöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten*, nello stesso *Archiv.* XCIX (1908), pag. 306-314.

tuirla finchè essi eredi non si fossero posti d'accordo sul modo di riceverla. A ciò infatti lo autorizza l'Art. 1855. Così, per recare col LOMONACO (1) un altro esempio, se io, conduttore, debbo pagare domani una rata di pigione al proprietario della casa che abito, ed un creditore di lui mi intima oggi un atto di pignoramento presso terzi, col quale ferma in mano mia quella rata, non si dirà certo che io sia un debitore moroso se domani mi asterrò dal pagare il locatore: farei anzi assai male a soddisfarlo, perchè mi esporrei al pericolo di dover pagare due volte, per applicazione dell'Art. 1244, che suona: «Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, nonostante sequestro o atto di opposizione nei modi stabiliti dalla legge, non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti: questi possono costringerlo a pagare di nuovo, per ciò che riguarda le loro ragioni, salvo in questo caso soltanto il suo regresso contro il creditore».

In secondo luogo abbiamo detto dover essere il ritardo *imputabile al debitore*. La teoria della mora si rannoda infatti, come già si è visto, alla teoria della colpa, e ciò, giova notarlo, anche per il *Codice austriaco*, come risulta, a tacer d'altro, dal posto che vi occupano i §§ 1333-1335 inclus., relativi alla *mora debendi* sotto il capitolo che tratta «del diritto di indennizzazione e di soddisfacimento», ch'è il 30° della Sezione II, Parte II (2). E però si ha un ulterior corollario importante nei riguardi della prova. Come cioè nel caso di assoluto inadempimento, così qui ove trattasi di ritardo, se vuole sfuggire a responsabilità, dovrà il debitore provare che il ritardo deriva da una causa estranea a lui non imputabile. La quale poi può consistere nella condotta del creditore, che non abbia dal canto suo compiuto quanto per avventura a lui incombeva per rendere l'obbligazione eseguibile. Tale sarebbe

(1) LOMONACO, cit. *Obbligazioni*, I, n. 105, pag. 430.

(2) Cfr. su ciò M. DIENA, *Della mora nel Diritto comune, austriaco e patrio*, in *Temi Veneta*, X (1885), pag. 537-542.

il caso in cui, trattandosi di debito pagabile non al domicilio del creditore, ma o al domicilio del debitore o in altro luogo, il creditore non vi si fosse recato per l'esazione o per constatare altrimenti il rifiuto di pagamento. Sia pure allora scaduta l'obbligazione, il debitore non incorrerà in mora perchè non ha obbligo di muoversi e di andar egli al domicilio del creditore per l'adempimento.

A proposito di questo requisito debbo qui ripetere ciò che già notai parlando del concetto di caso fortuito, che cioè viene in considerazione, con effetto di escludere la responsabilità del debitore, l'impossibilità assoluta di adempiere, e qui diremo di adempiere in tempo, l'obbligazione per questa causa al debitore non imputabile, non così l'impossibilità relativa, onde cioè a lui soltanto riesca impossibile od oltremodo difficile attualmente l'esecuzione, e debbo altresì ricordare che solo di impossibilità relativa, la quale dunque non disobbliga, è concepibile il discorrere quando si tratta di obbligazioni di un *genus illimitatum*, quali sono i debiti pecuniarî (1).

Finalmente, sempre in applicazione di questo requisito della mora che stiamo illustrando, non si dirà moroso quel debitore che abbia — uso qui una frase felicemente sintetica del MESSA (2), — una *ragionevole causa* per ignorare se, o che cosa, o quanto od a chi debba. Tuttavia sull'ignoranza dell'*an* o del *quantum debeatur*, sebbene derivi nel debitore da ragionevole causa,

---

(1) Si intende dei debiti pecuniari veri e proprî. Alias se si trattasse del debito di determinate monete.

(2) MESSA, *Op. cit.*, n. 85, pag. 151. Il MESSA ha in quest'opera rifuso ed esteso riguardo alla mora nelle pagine 121-227 quanto aveva già scritto illustrando la voce *Mora* in *Enciclopedia giuridica italiana* del Vallardi, Vol. X, Parte III (pag. 383-411). In questo lavoro si troveranno sufficienti indicazioni bibliografiche, relativamente alle quali, alle note opere del MADAI, del WOLFF, di F. MOMMSEN, del KNIEP, dello SCHEY, aggiungo solo per quanto concerne la scienza tedesca, il RYCK, cit. *Die Lehre von den Schuldverhältnissen*, 3ª parte (Berlin. Decker 1889), pag. 427 e segg., che è però fra quelli che prescindono affatto dall'idea di colpa nel fornire il concetto della *mora*.

non vi ha accordo nella dottrina e nella giurisprudenza. Corre qui per le bocche di tutti la massima « *in illiquidis* o *in liquidandis non fit mora* », ma sul significato da attribuirvi esiste dissenso. Chè taluni autori e giudicati la riferiscono solo alla ipotesi di un debito di incerta esistenza, come sarebbe quello nascente da una generica condanna ai danni-interessi, mentre altri la estendono pure al caso in cui sia bensì certa l'esistenza, ma incerto e determinabile per via di liquidazione l'ammontare del debito (1). È quest'ultima l'interpretazione che preferisco (2). Esula infatti anche allora il concetto di imputabilità, come avverte VENULEIO nella l. 99 D. de reg. iur. 50, 17, dicendo: « Non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat », legge, che costituì il pernio intorno a cui la scuola costruì la predetta massima *in illiquidis non fit mora* (3). Ciò che contribuì in questa materia a confondere le idee fu l'aver tenuto presente quell'uno fra gli effetti della mora che consiste nell'obbligo di corrispondere gli interessi, e per dare base a questa corresponsione d'interessi, che in taluni casi realmente par equa, si assurse addirittura all'affermazione della

---

(1) Veggasi la questione largamente esposta con indicazioni copiose anche di giurisprudenza, nella citata ultima monografia del MESSA, n. 87 e 88, pag. 154-160. Adde ABELLO, *Della decorrenza d'interessi e della mora nei deb. pecuniari illiquidi* in *Antologia giurid.*, X (1904), pag. 115-132.

(2) Conformi fra i nostri CHIRONI, *Op. cit.*, n. 281, pag. 627-628, MESSA, *loc. cit.*, C. BERTOLINI, *Danni-interessi, interesse moratorio e prescrizione* nel periodico *La Legge*, Anno XXVIII (1888), Vol. I, pag. 321-323, VENZI in nota alle *Ist.* del PACIFICI-MAZZONI, IV, pag. 480, GIORGI, *Op. cit.*, II, n. 128, pag. 179-180, quest'ultimo però con qualche limitazione, perchè considera la questione più che altro di fatto. Contra, sempre limitandomi alla dottrina italiana, JANNUZZI, nota 1-2 a Sent. 5 maggio 1877 della Cass. di Napoli in *Foro it.*, Vol. II (1877), col. 864-870.

(3) Così PHIL. MATTHAEUS, *In extremum Pandectarum titulum qui est de diversis regulis iuris antiqui, commentarius* (Marpurgi, Egenolphus 1600) sulla l. 63 di quel Titolo, n. 16, pag. 364, ove dice: « Venuleius per vocem *Improbus* moratorem denotat ». Veggansi poi in particolare LEOTARDO, *De usuris* (editio tertia, Lugduni, Anisson 1662), quaest. 84, n. 1-6, pag. 473-474 e i molti ivi citati, nonchè STRYKIO, *Opera*, T. I (Francofurti, Wohler 1743), Disput. VIII, *De purgatione morae* (respond. MICHAEL PURMANNO), Cap. III, n. 35, pag. 152.

mora, senza pensare che ad ogni modo interessi possono essere dovuti anche ad altro titolo (interessi correspettivi, anzichè moratorî) come si vedrà nella Sezione che segue. Così scrive p. es. il JANNUZZI (1): « Che che si dica, il debitore della somma, pur non ancora liquidata, gode i vantaggi di questa somma fino al giorno che non la consegna al creditore. L'interesse non è forse la retribuzione ordinaria del capitalista? Non è forse la retribuzione pel *non uso* di lui (o come dicono gli economisti per la sua astinenza) e pel profitto che ne cava il possessore in virtù della *attitudine* produttiva del capitale istesso? Non varrebbe pel possessore la scusa di non potere impiegare la somma illiquida, perchè da un giorno all'altro la liquidazione potrà essere esaurita, ed egli si troverà costretto a darla al creditore prima che si pensi, perocchè, quando altra maniera di provvisorio e temporaneo impiego mancasse, il debitore potrà collocare la medesima somma soprá una Banca, in una Cassa di risparmio, o in altri impieghi produttivi, dai quali potrebbe ripeterla a vista» Tutte buone osservazioni, torno a dire, ma che non fanno che spostare il quesito: resta sempre che non può dirsi moroso il debitore, che non paga finchè ignora senza sua colpa quanto deve, chè l'indugio non è a lui imputabile. Altro è il vedere se non converrebbe ch'egli dovesse tuttavia gli interessi sulla somma che dalla liquidazione risulterà a suo carico per il tempo in cui è durata la liquidazione medesima, quesito del quale si dirà altrove e *in iure condito* e *de lege ferenda.*

Si intende però che, se la liquidazione venisse tirata per le lunghe per dolo o colpa del debitore, l'indugio acquisterebbe subito quel carattere di imputabilità che lo qualifica mora in senso tecnico. Così pure fu giustamente deciso (2) che qualora il *quanto* del debito non sia un'incognita che per il creditore, mentrechè il debitore sa, o deve sapere pel fatto

---

(1) JANNUZZI, *loc. cit.*, col. 865.

(2) Cfr., fra altre, la cit. sentenza della Cassazione di Napoli e BERTOLINI, *loc. cit.*, che vi aderisce.

proprio quanto ha riscosso e detiene per conto del creditore, non si può più dire che svanisca il concetto della mora. Tanto sul secondo requisito della *mora solvendi.*

Occorre talora un terzo requisito, cioè un atto di costituzione in mora. Non è questo dunque un estremo sempre necessario. Vuolsi infatti por mente in tale materia alla distinzione fra la cosidetta *mora ex re* (1) e la cosidetta *mora ex persona.* Si parla della prima quando nella mora si incorre *ipso iure,* della seconda quando è necessario un atto di costituzione in mora procedente dal creditore o da un suo legittimo rappresentante.

La mora segue *ex re:*

1°) quando sin dal sorgere dell'obbligazione il debitore è in dolo, perchè il contenuto dell'obbligazione stessa sia la restituzione di cosa onde egli in mala fede privò o lasciò che per lui si privasse il creditore. Così è del ladro, a proposito del quale leggiamo nella l. 8 § 1 D. de condict. furt. 13, 1 di ULPIANO: « semper moram fur facere videtur ». Va pur qui ricondotta la statuizione degli Art. 1147, 1148, per cui nel pagamento dell'indebito l'*accipiens* di mala fede è trattato subito come un debitore moroso (v. s., n. 95, pag. 383);

2°) quando l'obbligazione sia a tempo determinato *(dies a quo),* chè allora, giusta l'Art. 1223, 1° comma « il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione » o, per dirla più in generale, stabilito al sorgere dell'obbligazione. Il termine a partire dal quale si è in mora senz'uopo d'altro lo possiamo trovare in qualche caso stabilito non nell'atto costitutivo dell'obbligazione, ma dalla legge. Così, a proposito del resoconto dovuto dal tutore alla fine della tutela, l'Art. 308 fa nel primo comma l'ipotesi che il tutore risulti in debito e dice: « La somma a cui ascenderà il residuo debito del tutore produrrà interesse dal giorno del-

---

(1) Ad essa pare alludano anche taluni passi, certo interpolati, che parlano di *mora in re.* Cfr. SEGRÈ, *Miscellanea esegetica,* in *Studi in onore di* B. BRUGI (Palermo, Gaipa 1910) (pag. 391-418), pag. 391-396.

l'ultimazione del conto senza che occorra di farne la domanda », domanda necessaria invece per la decorrenza degli interessi a favor del tutore nel caso opposto in cui dal conto risulti egli creditore (Art. 308, capov.). Parimenti per l'Art. 1750 « il mandatario deve gli interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso dalla data del fattone impiego ». Orbene in questi casi è la legge che fissa il giorno a partire dal quale corrono gli interessi, e qui si possiam dire, argomentando dall'effetto alla causa, il giorno a partire dal quale il debitore è in mora, perchè non ad altro titolo che di mora possono essere dovuti detti interessi, mentre in tali casi sarebbe ingiusto ed imputabile al debitore ogni ritardo al pagamento. Il tutore, se non fu infedele o in colpa nell'amministrazione, dovrebbe pur avere presso di sè, sì da poterle restituire subito, le somme residuali e dolo o almeno colpa c'è nel mandatario che converge a proprio uso le somme ricevute (1). Ma vedremo in seguito come in altri casi invece dal veder fissati per legge gli interessi a partire da un dato giorno taluno a torto risalga al concetto di mora, mentre gli interessi possono essere dovuti ad altro titolo, riserva questa che già abbiamo fatto più sopra nel determinare la portata della massima *in illiquidis non fit mora.*

Ritornando intanto alla regola posta che non occorra atto di costituzione in mora ov'è fissato il termine, avverto che la si suole esprimere coll'adagio *dies interpellat pro homine.* È grave disputa fra' romanisti se tal principio valesse in Diritto romano (2). In Italia, come già nel Diritto comune tede-

---

(1) Ramponi, cit. *La determinazione del tempo nei contratti*, n. 43. pag. 85.

(2) Oltre ai soliti trattati di *Pandette*, nonchè a quelli speciali sulle *Obbligazioni in Diritto romano*, sulla *Mora* e sul *Dies* nel Diritto stesso, vanno consultate fra noi due monografie sull'argomento dei tanto compianti Professori Nani e Fusinato, entrambe inserite nell'*Archivio giuridico*, quella del Nani nel Vol. XI, pag. 211-239, avente per titolo *Sopra la regola dies interpellat pro homine in Dir. romano*, quella del Fusinato nel Vol. XXVIII, pag. 145-155, intitolata *Alcune nuove considerazioni sopra la regola dies interpellat pro homine in Diritto romano.* V. pure Messa, *Op. cit.*, n. 68, pag. 128.

sco, fu sempre accolta quella massima, che parmi altresì razionale, perchè, quando all'obbligazione stessa è inerente un termine, sarebbe superfluo l'esigere una sollecitazione speciale alla scadenza: è il caso di applicare ciò che si legge nella reg. 31 sotto il Titolo de reg. iuris nel Libro VI^to^ *Decretalium:* « Eum qui certus est certiorari ulterius non oportet ». Ha fatto bene pertanto il nostro Codice a sancire tale massima, dilungandosi in questa parte dal *Codice francese* (Art. 1139), il quale esige l'interpellazione anche se l'obbligazione è a tempo determinato, quando non ci sia un patto speciale che dichiari incorrersi in mora senza bisogno di essa, per solo effetto del termine. Così disponendo il legislatore francese ha a sua volta seguìta la tradizione delle consuetudini patrie e la dottrina dei giureconsulti nazionali, eccettuati DONELLO, CUIACIO, MOLINEO (1). Come a lor volta le legislazioni germaniche, in omaggio alle patrie tradizioni, accolsero, al pari del Codice nostro, la regola *dies interpellat pro homine.* Ricordo fra queste il *Codice austriaco* (§ 1334), il *Landrecht prussiano* (I. 16, §§ 20, 21, 67), il *Codice sassone* (§§ 733, 736), il vigente *Codice civile germanico* (§ 284). Sta pure in questo ordine di principî il *Codice svizzero delle obbligazioni* (Art. 102 capov., uguale al 117 capov. del Codice anteriore).

Fra i testè citati Codici è lodevole l'*austriaco*, per il quale il principio ha da valere non solo se il termine risulti stabilito per contratto, ma anche se per legge (2), più lodevole ancora il *prussiano*, che contempla il caso di termine fissato o per legge o per *dichiarazioni di volontà* (3), lodevolissimo il vigente *Codice germanico*, che usa termini generici così da doversi il canone *dies interpellat pro homine* applicare sia qualsivoglia il fondamento originario dell'obbligazione (un

---

(1) Cfr. NANI, *loc. cit.*, § 1, pag. 212, nota 2.

(2) *Codice austriaco* § 1334: « La mora è generalmente imputabile al debitore se non paga nel giorno dalla legge o dalla convenzione stabilito pel pagamento ecc. ».

(3) *Allgem. preuss. Landrecht* I. 16. § 67: « In allen Fällen, wo durch Gesetz oder Willenserklärungen ein Zahlungstag bestimmt ist, nimmt der Lauf der Zögerungszinsen von diesem Tage seinen Anfang ».

negozio giuridico, la legge, una sentenza) (1). Infatti l'accennato motivo che sta a base del canone in questione ricorre in tutti i casi ugualmente (2). D'altra parte mi par censurabile la limitazione apportata dal vigente *Codice germanico* (3), e prima di esso dal *Codice sassone* (4), che debba trattarsi di un termine fissato dietro il calendario. Plausibile invece, a parte questa specificazione del calendario, è l'aggiunta di entrambi questi Codici, che si abbia a pareggiare al caso di un termine già stabilito, quello di un termine fisso che dovrà correre a partire da una previa interpellazione. Analogamente in questa parte il *Codice svizzero* (5). Esempio. Ti presto cento che mi restituirai a mio piacimento, ma previa domanda quindici giorni prima. Fatta regolare domanda, al successivo scadere dei quindici giorni la mora segue *ex re*.

Si ha invece la *mora ex persona* se l'obbligazione è a tempo indeterminato. Allora, giusta l'Art. 1223, ult. capov., «il debitore non è costituito in mora che mediante un'intimazione

---

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, § 284 capov. «Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet». E sulla massima estensione da darsi a tale disposto cfr. i *Motivi* sul Codice stesso nel cit. HAIDLEN, I, pag. 348.

(2) Cfr. i citati *Motivi* sul Codice germanico in HAIDLEN, *loc. cit.* Viceversa di solo termine contrattualmente stabilito parlano il Codice *sassone* e lo *svizzero* ai luoghi citati. Ligi perciò alla lettera, i Sigg. SCHNEIDER e FICK, cit. *Das schweizerische Obligationenrecht*, I, sull'Art. 117 del Codice federale del 1881, n. 3, pag. 245 (2ª ediz.) dichiarano occorrere secondo il codice svizzero l'interpellazione del debitore per costituirlo in mora se il giorno della scadenza dell'obbligazione è fissato dalla legge anziché per accordo delle parti.

(3) Cit. § 284 capov.

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 736: «Ohne Mahnung geräth der Verpflichtete sofort mit Ablauf der Zeit in Verzug, wenn für die Erfüllung der Forderung eine nach dem Kalender bestimmte oder nach demselben in Folge vorausgegangener Kündigung sich bestimmende Zeit durch Vertrag festgesetzt ist, und der Verpflichtete nicht erfüllt».

(5) V. il testè citato § del *Codice sassone*. Quanto al *Codice germanico*, il § 284 capov. alle parole dianzi citate fa seguire le seguenti: «Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt». Finalmente il *Codice svizzero* all'Art. 102 capov. (117

od altro atto equivalente ». Intimazione è l'interpellazione fatta a ministero di un pubblico ufficiale all'uopo autorizzato: gli atti equivalenti possono essere giudiziali (citazione, precetto, cfr. Art. 2125) o stragiudiziali. Si disputa se basti a ciò una lettera missiva; ragionevolmente inclina ad ammetterlo la dottrina prevalente (1). Quello ch'è certo si è che un invito verbale non terrebbe, non essendo un atto equipollente ad un'*intimazione*. Vi corrisponderebbe invece perfettamente una ricognizione della propria mora fatta per iscritto dal debitore (2).

È altresì corretto insegnamento che « una semplice comunicazione del conto, non accompagnata dall'invito di pagare, non si può, di regola, riguardare come una interpellazione, ma solo come una notificazione del debito esistente. » (3).

Vi ha un caso in cui eccezionalmente occorre l'intimazione od altro atto equipollente benchè trattisi di obbligazioni a termine fisso, ed anzi nemmeno subito dopo l'interpellazione, ma solo scorsi da essa otto giorni si è costituiti in mora. Ciò avviene nei riguardi degli eredi del debitore, dato che il termine scada dopo la morte di lui (Art. 1223, 1, capov.). Ed è ragionevole: l'erede può aver ignorata l'esistenza del debito; quindi la necessità di un atto che lo porti a sua notizia e di un certo

---

capov. della precedente redazione, che usava inoltre la parola *avvertimento* in luogo di *disdetta*) così si esprime: « Quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito (nella redazione tedesca *verabredet*) o risulti determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta, il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno.

(1) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 56, pag. 94 (7ª ediz.), CHIRONI, *Istituz.* II, § 279, pag. 55 e *Colpa contratt.*, n. 334, pag. 728, RAMPONI, *Op. cit.*, n. 42, pag. 83, MESSA, *Op. cit.*, n. 78, pag. 143, BARASSI, cit. *La notificazione necessaria* ecc., pag. 65-66. *Contra* BORSARI, cit. *Comment.*, sull'Art. 1223, § 3153, pag. 556 del Vol. III, parte II, RICCI, cit. *Comment.*, Vol. VI, n. 209, pag. 278-279 (2ª ediz.) e LOMONACO, cit., *Obbligazioni*, Vol. I, n. 105, pag. 445. Veggansi inoltre gli autori francesi e le sentenze ivi citate in vario senso.

(2) V., fra tanti PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituz.*, Vol. IV, n. 103, pag. 433 (4ª ediz.) CHIRONI, cit. *Colpa contr.*, n. 334, pag. 728.

(3) F. SERAFINI, *Istit. di Dir. rom. compar. col Dir. civ. patrio*, Vol. II, 9ª ediz. (Roma Athenaeum 1914), §. 117, pag. 68-69.

tempo a partire da quell'atto perch'egli prepari i mezzi onde pagare.

Detto dei requisiti, passiamo ad esaminare gli effetti della mora del debitore.

121. Gli effetti caratteristici della mora, considerata nel suo significato tecnico di ritardo colpevole nell'adempimento dell'obbligazione, non sono che due, l'obbligo del risarcimento dei danni e la sopportazione del rischio e pericolo. Quanto al risarcimento dei danni, per regola nelle obbligazioni pecuniarie consiste nella prestazione degli interessi, detti appunto di mora o moratorî. Ma di ciò più a lungo nella Sezione che segue. Quanto al passaggio del rischio e pericolo nel debitore (*perpetuatio obligationis*) (Art. 1219 capov., 1247 e 1298), ne abbiamo già toccato parlando del caso (v. s. n. 95, pag. 381-383), e notammo altresì come se ne possa esonerare il debitore provando che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore ancorchè l'obbligazione fosse stata regolarmente e tempestivamente adempiuta. Qui poniamo in rilievo la ragionevolezza così del principio come della limitazione appostavi. Per dir meglio, intanto è plausibile il principio inquanto lo accompagna la predetta limitazione. Scrive infatti benissimo lo SCHUPFER a proposito del Diritto romano, relativamente al quale, come vedremo, si discute sull'ammissibilità di quella prova a discarico del debitore: « Io credo che la cosidetta *perpetuatio obbligationis*, come conseguenza di quel supremo principio della mora, che cioè l'obbligo del debitore moroso sia d'indennizzare il creditore di ogni danno derivante dalla mora, ovverosia prestargli tutto ciò che questi avrebbe avuto senza di essa, debba necessariamente sottostare a tutte le limitazioni portate dal principio medesimo da cui deriva. Perciò quella perpetuità della obbligazione deve patire una eccezione nel caso suaccennato, in cui l'oggetto sarebbe perito ugualmente pel creditore anche senza la mora del debitore » (1). E analogamente N. COVIELLO: « È chiaro che anche qui non si risponde del caso fortuito, ma della

---

(1) SCHUPFER, cit. *Diritto delle obbligazioni*, pag. 244.

colpa che costituisce l'essenza della mora: il debitore risponde della perdita della cosa, non perchè seguìta *post moram*, ma perchè seguìta *propter moram*. Infatti tra l'impossibilità della prestazione e la mora corre quel nesso causale che fa perdere all'avvenimento la qualità di fortuito. Se la mora non fosse stata, la perdita non sarebbe avvenuta; quindi la causa vera non è tanto l'avvenimento quanto l'inadempienza colposa. La colpa dunque contenuta nella mora, benchè per via indiretta e negativa, ha cagionato l'impossibilità della prestazione. Ma quando la cosa sarebbe perita anche se consegnata a tempo debito, allora ancorchè esista la mora e quindi la colpa, questa non ha avuto nessuna efficacia nemmeno indiretta a produrre il danno, appunto perchè questo sarebbe avvenuto anche senza di essa: manca perciò il nesso causale fra la colpa e il danno, e quindi non vi può essere responsabilità, perchè si ha un vero caso fortuito, cioè mancanza completa di colpa relativamente al danno avvenuto » (1).

Contro il temperamento a favore del debitor moroso quando provi che la cosa sarebbe ugualmente perita (o deteriorata) presso il creditore si potrà opporre, e fu opposto (2), che in materia di risarcimento vale il principio, conforme alla logica giuridica, del perdurare il diritto al risarcimento benchè dopo avvenuto il fatto produttore del danno sorga un altro fatto che lo avrebbe ugualmente prodotto. È l'ipotesi contemplata dalla l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24 di ULPIANO: ho demolita la casa del vicino: gli devo la rifusione dei danni e l'obbligo mio continua benchè posteriormente venga a scoppiare, pongasi in quel quartiere, un incendio così esteso, che la casa stessa vi sarebbe certo perita. Se è giusto che non si possa sfuggire in tale caso all'obbligo del risarcimento invocando simili circostanze per effetto delle quali il proprietario si troverebbe danneggiato ugualmente, dovrebbe, si dice, valere lo stesso

(1) N. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 381-382.

(2) Cfr. su di ciò FERRINI, cit. *Obbligazione* in *Enciclopedia giurid. ital.* Vol. XII, Parte I, n. 424, pag. 617.

nel caso della mora. Rispondiamo che fra i due casi apparentemente identici è così profonda la differenza, da giustificare pienamente la diversità di trattamento. Dalla distruzione della casa contemplata nella citata legge di ULPIANO è sorta definitivamente un'obbligazione di risarcimento, obbligazione generica e precisamente pecuniaria, avente dunque un oggetto che *numquam perit*: la casa in natura oramai non la si può più dare ed è anzi per questo e da questo che originò il debito. Naturale pertanto che sulla sorte di questo debito, avente tutt'altro oggetto dalla casa, non possa avere alcuna influenza la considerazione di ciò che per fortuiti posteriori eventi sarebbe avvenuto della casa stessa nelle mani del suo proprietario. Invece nell'ipotesi della mora, e pendente la mora medesima, continua l'originaria obbligazione di cosa determinata nell'individuo, che non si trasformerà in obbligazione generica se non quando il caso fortuito sopravvenga a rendere impossibile la prestazione in natura. E però si capisce che *fino a quel momento* si guardi quale sarebbe stata la sorte di quella precisa *res debita* pur nelle mani del creditore (1). *Fino a quel momento*, ho detto, perchè da quel momento in poi, sorta l'obbligazione generica dei danni, credo dovrebbero rivivere in tutta la loro efficacia le considerazioni fatte poc'anzi a giustificare il passo di ULPIANO, e ciò ad onta della generalità dei termini dell'Art. 1298, 1. capov. Punto questo che non veggo avvertito da altri, ma che a me sembra della maggior importanza per ben delimitare il principio che stiamo illustrando. Se dunque la cosa dovuta fortuitamente perisce durante la mora del debitore, questi potrà salvarsi da responsabilità provando che *o prima ancora* (per altro fortuito) *od allora* (per effetto del fortuito medesimo) essa sarebbe ugualmente perita presso il creditore cui fosse stata a suo tempo prestata; nol potrà invece provando che *successivamente* sarebbe perita presso il creditore per un nuovo infortunio sopravvenuto (2).

---

(1) Si confronti per considerazioni analoghe FERRINI, *loc. cit.*

(2) Cfr. i Motivi sul § 287 del *Codice germanico* in HAIDLEN, *Op. e Vol. cit.*, pag. 352-353.

Parmi che questa conclusione si avvalori colla motivazione data nel citato passo di ULPIANO a giustificare le soluzioni diverse di due casi ivi contemplati. Infatti accanto all'ipotesi già discorsa di distruzione della casa del vicino che *in processo di tempo* sarebbe ugualmente perita per incendio, dove si è visto durare l'obbligo del risarcimento, vi si fa l'altra di demolizione della casa stessa in occasione di un incendio che si sarebbe indubbiamente ad essa propagato e la avrebbe ugualmente distrutta, e in questo caso per la contemporaneità, anzi per l'unicità dell'infortunio si dichiara cessare l'obbligo del risarcimento *«quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu damnum factum sit, necne, aestimari oportere, Labeo ait»* (1).

L'equa disposizione che abbiamo sin qui illustrato per effetto della quale viene mitigata la responsabilità del debitore moroso è dubbio se valesse in Diritto romano. Dal tempo dei Glossatori in poi si è sempre disputato in proposito; l'opinione più favorevole al debitore, che pare d'origine sabiniana (2), aveva fautore MARTINO, l'altra, più rigorosa, che par d'origine proculiana (3), vantava l'appoggio di GIOVANNI BASSANO, per non dire che dei Glossatori (4). La soluzione più benigna pel debitore, accolta da noi, si può dire oggimai dominante nelle legislazioni più disparate (5). Le quali tuttavia, non esclusa la nostra, lasciano in generale aperto l'adito ad una ulteriore questione, che si trovava invece esplicitamente risoluta in quel progetto di legge sulle obbligazioni per gli Stati della Confederazione germanica, che comparve nel 1864 e che va sotto il nome di *Progetto di Dresda*

---

(1) Cfr. sui due casi contemplati nella l. 7 § 4 D. quod vi aut clam, 43, 24 HASS, *Ueber die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse* in *Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts* del 1897, II Folge, I Bd. (pag. 327-484) pag. 412-413.

(2) Cfr. FERRINI, *loc. cit.*, pag. 618.

(3) FERRINI, *ibid.*

(4) V. HAENEL, *Dissensiones dominorum* (Lipsiae Hinrich 1834), Cod. Chis., § 23, pag. 138-139 e RIVALTA, *Dispute celebri di Diritto civile* (Bologna, Zanichelli 1895), Disputa XVI, pag. 177-183, ove è presentato l'ulteriore svolgimento delle opposte teoriche nella dottrina intermedia.

(5) *Codice francese*, Art. 1302, *Allgem. preuss. Landrecht*, I, 16, § 18, I 7, § 241, I, 21, § 251, *Codice sassone*, §§ 745, 307, *Codice svizzero delle ob-*

dalla città dove la Commissione compilatrice si raccolse (1). La questione è la seguente. Basterà al debitore per esonerarsi da responsabilità dimostrare che la cosa sarebbe perita ugualmente anche s'egli l'avesse consegnata a suo tempo al creditore, o dovrà per di più sobbarcarsi alla prova che il creditore avrebbe conservata la cosa fino al momento in cui la colpì il fortuito? Perchè evidentemente nessun danno oggi risentirebbe il creditore, ad onta del fortuito medesimo, se risulti che, qualora avesse ricevuta la cosa alla scadenza dell'obbligazione, egli nel frattempo, cioè prima dell'infortunio, se ne sarebbe spogliato alienandola ad altri. Incomberà, ripeto, al debitore moroso per liberarsi dall'obbligo del risarcimento il dimostrare che ***il creditore non avrebbe alienata*** nel frattempo la cosa, o sarà invece il creditore che dovrà, in via di replica, provare per conservarsi il diritto al risarcimento, ***ch'egli avrebbe alienata*** la cosa stessa prima dell'infortunio se l'avesse avuta a suo tempo dal debitore? In questo secondo senso decideva la questione il citato *Progetto di Dresda* (2)

---

gazioni, Art. 103 capov. (uguale al 118 del precedente), *Codice germanico del 1896*, § 287, *Codice del Messico*, Art. 1557, del *Chile*, Art. 1672, capov., ecc. Nello stesso senso quel *Codice giapponese* del BOISSONADE che non entrò mai in vigore, Art. 335 capov. e 541, capov. Il *Codice austriaco* applica il principio in discorso ai casi speciali del depositario (§ 965) e del possessore originariamente di buona fede che, per ritardare la restituzione della cosa al proprietario, si impegna in una lite temeraria (§ 338), ma tra i commentatori di quel Codice c'è chi si rifiuta a generalizzare il principio alla mora in tutte le obbligazioni: così p. es. HASENÖHRL, *Op. cit.*, II Bd., I Abth., (1886), § 83, pag. 336. Sarebbe stato desiderabile che si pronunciasse in proposito il Progetto di revisione di alcune disposizioni del Cod. civ. austriaco presentato al *Herrenhaus* nel 1907. Esso invece tocca bensì della mora del debitore in tre paragrafi, ma per disciplinare altri punti, che possono vedersi in PACCHIONI, *Il progetto di revisione del Cod. civ. austr.* in *Riv. di Dir. civ.*, I (1909) (pag. 149-194), pag. 180-181 e in KRASNOPOLSKI, *Op. cit.*, § 23, pag. 120-121, il quale ultimo dà quei tre §§ quali uscirono dalla elaborazione del sottocomitato della Commissione giuridica del *Herrenhaus*.

(1) Tengo sott'occhio questo progetto com'è uscito dalla prima lettura, *Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse* (Stuttgart, Cotta 1864-65).

(2) *Dresd. Entwurf*, Art. 297: « Der Schuldner haftet auch für die während des Verzuges durch Zufall ganz oder theilweise eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung. Ist eine Sache Gegenstand der Verbindlichkeit, so ist der Schuldner von dieser Haftpflicht befreit, wenn er beweisen kann dass der Zufall auch bei zeitiger

e la decidono pure taluni in ordine al Codice nostro (1). Vi hanno invece commentatori del Codice francese e del nostro che ritengono trattarsi qui di una questione di fatto da rimettersi volta per volta all'apprezzamento del giudice (2), il quale si regolerà secondo le circostanze, presumerà facilmente, per esempio, come già notava il POTHIER, che la cosa non sarebbe ugualmente perita presso il creditore, se questi sia un commerciante che l'aveva comperata per rivenderla (3). Finalmente c'è chi addossa l'onere anche di questa prova al debitore senz'altro (4), ed è questa l'opinione ch' io adotto dietro i seguenti riflessi. Non sarebbe giusto che al creditore, il cui diritto fu messo in pericolo dalla mora del debitore, dovesse per soprappiù addossarsi una prova difficile di circostanze ipotetiche. E poi il nostro Art. 1298 (1302 Cod. fr.) dice chiaramente che il debitore è liberato solo se la cosa sarebbe *ugualmente perita presso il creditore*. È questo il fortuito ch'egli allega e che secondo il 2° capov. dell'Articolo in esame tocca a lui di provare, ma di provare per tutta quella estensione di effetti per cui egli lo invoca a suo scarico; onde dovrà egli dimostrare che il fortuito avrebbe trovata la cosa *ancora presso il creditore* ove gli fosse stata consegnata in tempo debito (5). Credo poi fondata questa conclusione anche nel Diritto romano, sovrattutto per un argomento analogico che si desume dalla l. 3 § 3 D. de act. emt. et vend. 19, 1 di POMPONIO, e che è tanto forte da aver fatto ricredere il WINDSCHEID, il quale prima avea sostenuta la tesi diametralmente opposta (6). Vi si suppone che durante la mora avvenga una diminuzione di prezzo della cosa dovuta, e si accorda al creditore di

---

Erfüllung die Sache bei dem Gläubiger getroffen haben würde. *Behauptet der Gläubiger, dass er die Sache vor dem Eintritte des Zufalls veräussert haben würde, so liegt ihm der Beweis dieser Behauptung ob*».

(1) Così p. es. COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 381, MESSA, cit. v. *Mora* in *Encicl. giur. it.*, n. 39, pag. 402 e cit. *L'obblig. degli interessi* ecc., n. 110, pag. 190-191.

(2) Così LAURENT, cit. *Principes*, XVIII, n. 522, pag. 530, GIORGI, *Op. cit.*, vol. VIII, n. 134, pag. 224-225 (7ª ediz.).

(3) POTHIER, cit. *Tr. des Obligations*, n. 664, pag. 205.

(4) Per tacere dei romanisti, mi basterà ricordare in questo senso, per ciò che riguarda il Codice francese, corrispondente al nostro, CROME, *Op. cit.*, § 15, testo e nota 45, pag. 150 (pag. 154 della trad. italiana).

(5) CROME, *loc. cit.*

(6) V. WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 280, nota 14, pag. 134-135 (8ª ed.).

pretendere il più alto valore che durante la mora aveva avuta la cosa, e ciò senza punto imporgli di provare ch'egli quella cosa, se consegnata in tempo, l'avrebbe venduta prima che rinvilisse. Tuttavia non disconosco che si rende così molto difficile la posizione del debitore, dal momento che gli si domanda una prova d'indole negativa, che cioè il creditore non avrebbe alienata la cosa prima dell'infortunio. È una prova, nota il SAVIGNY, sostenitore in Diritto comune dello stesso nostro principio, che potrà darsi soltanto assai di rado e per recarne un esempio egli è costretto a configurarsi o che la *res debita* fosse inalienabile (come sarebbe il fondo dotale) o che il creditore in tutto il tempo che durò la mora abbia vissuto lontano dalla patria senza lasciare un procuratore che potesse vendere in suo nome (1). Ma io non so se proprio si debba spingersi a tali estremi che renderebbero quasi illusorio il temperamento adottato in favore del debitore. Credo si debba piuttosto utilizzare quella parte di vero che c'è pure nella seconda delle opinioni dianzi accennate, la quale affida interamente al giudice l'apprezzamento delle circostanze perchè considera la questione come questione di fatto. È bensì vero, io dico, che tocca al debitore fornire la predetta non facile prova, ma nel nostro sistema probatorio stanno, fra gli altri mezzi, le presunzioni *hominis vel iudicis*, e quindi potrà bastare che il debitore alleghi circostanze gravi, precise e concordanti atte ad infondere nel giudice la persuasione della verità del suo assunto (Art. 1354).

Riassumendo, quando la cosa dovuta fortuitamente perisce (o si deteriora) durante la mora, la legge presume il nesso causale fra la mora e il danno, che vuole pertanto interamente risarcito dal debitore. Ma è presunzione *iuris tantum*, in quanto cede dinanzi alla prova che il creditore quel danno lo risentirebbe oggi ugualmente perchè, pur adempiuta esattamente l'obbligazione, il fortuito avrebbe trovata e colpita la cosa nelle sue mani (seppure già prima non fosse per avventura perita presso di lui). Si fa ora dunque palese quanto la sopportazione del rischio in caso di mora (e così dicasi generalizzando in tutti i casi nei quali il debitore versa già in istato di dolo

---

(1) SAVIGNY, cit. *Sistema del Dir. romano attuale*, trad. SCIALOJA, vol. VI (1896) § 274, pag. 215-216.

o colpa) *per questo nesso causale* presunto che ne è il motivo logico, si accosti all'ipotesi di *casus dolo seu culpa determinatus*, che per pura ragione sistematica ne abbiamo a suo luogo tenuto distinto (v. s. n. 95, pag. 381-382). In fondo la sola differenza sta in ciò, che nelle ipotesi or ora studiate il *nesso causale* è (o si suppone che sia) *fra la colpa* (o la mora che le equivale) *e il danno conseguente al fortuito*, mentre nel *casus dolo seu culpa determinatus* il nesso è addirittura *fra la colpa* (o il dolo) *ed il fortuito*, inquanto il fortuito stesso fu provocato od occasionato dalla precedente colpa (o dolo) del debitore.

Senonchè il legislatore ha creduto bene di gravare la mano sul debitore per causa di furto: il ladro, già lo vedemmo, *semper moram facere videtur* (v. s., n. 120, pag. 525), ma non basta; egli è un tal debitore moroso che risponde sempre del fortuito, anche se potesse provare che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il derubato. È così infatti che va inteso l'ultimo capoverso dell'art. 1298, che suona: « *In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata,* la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore ». Disposizione identica a quella che si legge nell'ultimo capoverso del corrispondente art. 1302 del Codice francese.

Ma siffatta disposizione non mi sembra plausibile. I rapporti fra il derubato e il ladro sono pel Diritto civile quelli di creditore a debitore, mentre è la legge criminale che colpisce il ladro come delinquente e gli infligge la pena. Ciò posto, accordando al derubato il diritto al risarcimento anche se la cosa sarebbe ugualmente perita presso di lui, nè vi ha più dunque alcun nesso causale fra la mora del debitore e il danno del creditore, quest'ultimo viene ad avvantaggiarsi *sine causa*, in altre parole fa un indebito lucro. La legge civile che dovrebbe regolare il risarcimento del danno, inquanto questo realmente sussista, diventa così ministra di una pena in aggiunta a quella già sancita dal Codice penale. Il Laurent non disconosce che in tal guisa il proprietario viene ad arricchirsi a spese del ladro, trova che in teoria è censurabile la statuizione di cui stiamo occupandoci, e tuttavia la giustifica osservando che non deve il ladro potersi scusare invocando il caso fortuito, che per lo più il proprietario derubato non ha che un'azione irrisoria, perchè il ladro è insolvibile ed ha

fatta scomparire la cosa rubata, onde pare equo che il proprietario abbia un compenso quando la cosa perisce nelle mani del ladro, e questi sia per avventura solvibile » (1). Ma questo sistema di compensare condizioni di fatto siano pure frequenti, con l'adottare in circostanze diverse una norma di Diritto per sè stessa riconosciuta ingiusta, parmi del tutto antigiuridico. Non più felici mi sembrano le giustificazioni di quella massima tentate da altri pur valorosi scrittori. Udiamo il GIORGI: « Nè si gridi all'ingiustizia, quasichè il derubato venga a locupletarsi a danno del ladro se la cosa fosse perita ugualmente presso lui. Tanta tenerezza per i ladri non è davvero ragionevole, ponendo mente che niuno ritiene ingiusti i patti o le disposizioni di legge che talvolta addossano i fortuiti al debitore. Solo dunque in benefizio dei ladri diremo ingiusta questa sorte di disposizioni? » (2). Rispondo che altro è il dire non essere *in sè e per sè* cosa immorale ed ingiusta lo spostamento del pericolo dal creditore al debitore, altro il decidere se lo sia in un determinato caso. Certo tiene il patto per cui in un titolo obbligatorio si addossano i rischi al debitore perciò appunto che il contenuto di esso nulla ha di contrario, secondo lo spirito della nostra legislazione, alla legge o al buon costume, e però non vi ha ragione perchè non debba valere in proposito il principio della libertà contrattuale (3). Ma altro è quando interviene la legge ad imporre essa simile spostamento. Occorrono a ciò molto forti motivi e questi non vengono forniti dagli avversarî, chè l'avversione contro i ladri, se si presta a vibrate invettive, non è per sè sola un argomento giuridico. Potrei anche osservare al GIORGI, il quale nella sua asserzione di spostamenti del pericolo fissati per legge si richiama a quanto egli stesso avea scritto nel vol. II, n. 11, potrei, dico, osservargli che i casi da lui ivi elencati sono quelli in cui lo spostamento

(1) LAURENT, cit. *Principes*, XVIII, n. 523, pag. 531-532.

(2) GIORGI, *Op. cit.*, vol. VIII, n. 135, pag. 226-227 (7ª ediz.). Analoghe osservazioni si leggono, fra altri, in BORSARI, cit. *Commentario*, vol. III, Parte II, § 3259, pag. 765 e in LOMONACO, cit. *Obbligazioni*, II, n. 169, pag. 473 e seg.

(3) Questo almeno come regola, alla quale eventualmente fare eccezione in particolari circostanze ove l'abuso delle condizioni del contraente cui si addossa il fortuito possa farne apparire estorto in questa parte il consenso. Su di che veggasi sentenza del 14 dicembre 1911 del Tribunale di Reggio Emilia (causa Monte di Pietà di Reggio Emilia c. Busana), in *Riv. del Dir. comm.*, X (1912) parte II, pag. 440 e segg. e la nota ivi del SELETTI (S.S.), *L'assunzione contrattuale del caso fortuito*.

deriva da *stima* concomitante al contratto, e che in essi la legge non fa che rettamente interpretare la volontà delle parti stesse, della quale la stima predetta è l'indice (v. s., n. 94, pag. 380-381): ond'è inconcludente l'invocarli nel tema nostro a titolo di esempio. D'altro genere è la giustificazione addotta dal Ferrini. Egli scrive: « Molto bene il codice stabilisce che in qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore. La mora qui s'incorre *ipso iure*, subito, col delitto. Qui non gioverebbe al debitore provare che la cosa sarebbe ugualmente perita appo il proprietario se il furto non fosse avvenuto. Invero qui col delitto è stato offeso il dominio ed è stata creata una ragione di risarcimento che non può venir meno per eventi posteriori » (1). In questo ragionamento dell'illustre romanista non esiste, o io mi inganno, connessione logica fra la premessa e la conclusione. Il ladro è subito in mora, e sta bene, ma ciò riguarda il *momento* in cui questo debitore dovrà considerarsi moroso e non dovrebbe avere a che fare con gli *effetti* della mora: questi comincieranno da allora, d'accordo, ma perchè poi dovranno essere diversi e più gravi di quelli a cui sottosta qualsiasi altro debitore moroso? Col delitto è stato offeso il dominio, si dice, ed è stata creata una ragione di risarcimento che non può venir meno per eventi posteriori. Ma questa non è una spiegazione, bensì il punto che si trattava proprio di dimostrare. Certo non si vorrà alludere con quelle parole ad una equiparazione del caso in questione con quello in cui il debitore abbia distrutta la cosa dovuta, dal che, giusta la l. 7 § 4 D. quod vi aut clam, 43, 24 sopra ricordata, vedemmo sorgere definitivamente l'obbligo al risarcimento, che permane anche se si provi che per posteriori eventi la cosa sarebbe ugualmente perita presso il proprietario (creditore). L'equiparazione infatti sarebbe sbagliata, perchè in quest'ultimo caso la prestazione in natura si è resa impossibile, ed anzi da ciò è sorto l'obbligo del risarcimento a danaro a carico del debitore, mentre invece l'azione del derubato è diretta a riavere la cosa in natura, e si convertirà nel diritto al risarcimento solo nel momento e dal momento in cui poscia il fortuito la distrugge.

Rimane dunque ingiustificato il rigore a carico del ladro risultante dalla disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 1298 (1302 Cod. fr.), onde meritano plauso quei codici, pur modellati dal più

---

(1) Ferrini, *Obbligazione* (in *Encicl. giur. it.*, *loc. cit.*), n. 424, pag. 620.

al meno sul francese, che in questa parte se ne allontanarono. Tale era p. es. il *Codice giapponese* dovuto per tanta parte al BOISSONADE, ma del quale (lo si notò già altrove) rimase sospesa l'applicazione (1).

Colpiti dall'ingiustizia del principio che abbiamo sin qui censurato, alcuni pochi interpreti del Codice francese hanno voluto sostenere che l'art. 1302 ultimo capov. del Codice stesso non può aver inteso e non intese di accoglierlo, e ch'esso ha invece un ben diverso significato. Il legislatore cioè volle ivi stabilire che il ladro, costituito in mora pel fatto stesso del furto, è necessariamente tenuto pei casi fortuiti e di forza maggiore, senza che sia d'uopo esaminare se è per colpa o senza colpa del debitore che la perdita ha avuto luogo. Ma non essendo egli responsabile dei rischi che a motivo della sua mora (nella quale incorre tosto di pien diritto) l'eccezione stabilita dal 2° alinea dell'Art. 1302 gli è perfettamente applicabile (2). Basta la lettera del capoverso in questione e la evidente connessione di esso col precedente ad escludere questa forzata interpretazione, contro la quale sta inoltre il precedente potentissimo di ciò che lasciò scritto in proposito il solito ispiratore del Codice francese, cioè il POTHIER: « On n'entre point dans la discussion de savoir si la chose serait perie également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies: ils sont tenus indistinctement du prix de la chose, lorsqu'elle est périe entre leurs mains; l. fin. ff. de cond. furt; l. 19 ff. de vi et vi arm. quod ita receptum odio furti

---

(1) Questo Codice al Libro I (*Livre des biens*) Art. 384 ultimo capov., stabilisce solo che è immediatamente ed *ipso iure* in mora « celui qui est tenu par un délit de rendre une chose ou des valeurs appartenant à autrui ». Ed è questa la sola affermazione giusta, e ragionevolmente estesa da questo Codice ad altri reati oltre il furto, come appare dalle parole ora riferite. Invece *deliberatamente* si tralasciò di riprodurre il principio dell'Art. 1302 ult. capov. del Codice francese, come risulta dal Commento che il BOISSONADE, autore di quel Codice, sottoponeva all'Art. 562, Libro II, 2ª Parte del Progetto (*Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* par M. G. BOISSONADE, 2ᵉ édit., T. II (Tokio 1883), n. 642, pag. 729-730.

(2) In questo senso DURANTON, cit. *Cours de Dr. civ.* T. VII (edizione belga, XII dell'ediz. francese) n. 506, pag. 218-219, TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. IV (Paris, Delhomme senza indicazione d'anno: la prefazione al I. Volume porta la data del 1840, il 7° ed ultimo volume la data del 1848), pag. 428-429, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, § 331, testo e nota 6, pag. 244.

et violentiae » (1). Finalmente trovo da osservare che, posta la interpretazione che sto combattendo, il capoverso ultimo dell'Art. 1302 Cod. fr. (1298 Cod. nostro) rappresenterebbe un non senso, conterrebbe anzi una manifesta contraddizione in termini. Avvenuta la perdita della cosa il ladro non potrebbe provare che avvenne senza sua colpa, per fortuito o forza maggiore, questo si fa dire a quel capoverso, questa è l'aggravante che si sostiene contenuta ivi a suo danno, ma poi gli si permette di esonerarsi da ogni obbligo provando che la cosa sarebbe ugualmente perita per il fortuito presso il proprietario creditore. Non è distruggere così con una mano ciò che si è creato con l'altra? Ogni aggravante pel ladro, contrariamente alla volontà manifesta del legislatore, scomparirebe in tal guisa, lo si verrebbe a porre nell'identico piede d'ogni altro debitore moroso, il quale, pure non essendo un ladro, vedemmo non potersi salvare con la sola allegazione del fortuito, bensí con l'allegare un tal fortuito, che avrebbe colpita e trovata la cosa presso il creditore anche se l'obbligazione fosse stata a suo tempo adempiuta, e ciò giusta le norme probatorie di cui si è fatta più sopra applicazione all'argomento in esame.

Quel certo carattere punitivo ed odioso che ispira il capoverso concernente il ladro ne ha fatto sostenere a taluno la inapplicabilità agli eredi di lui, a favor dei quali rivivrebbe la facoltà di eccepire che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il proprietario (2). Ma, benchè a torto infiltrata da una vena di penalità, resta sempre che siamo di fronte ad una norma concernente l'*azione civile* derivante dal reato, ed essa perciò conserverà in confronto agli eredi del ladro la medesima estensione che aveva in confronto di lui, e quindi la stessa insofferenza di quelle tali eccezioni che da lui non si sarebbero potute opporre (3). Invece è per noi indubitato che l'eccezionalità, anzi l'esorbitanza di quella norma non com-

---

(1) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 664, pag. 205.

(2) Cosí TOULLIER, *Le Droit civil français*, etc. Liv. III, Tit. III, n. 468 (T. IV, pag. 163 dell'edizione belga, Bruxelles, Meline-Cans 1848).

(3) Cf., fra tanti, LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. V, sull'Art. 1302, n. 14, pag. 264, GIORGI, *Op. cit.*, Vol. VIII, n. 136, pag. 227 (7ª ediz.).

porta la si estenda ad altre figure di reato, per quanto affini, non all'appropriazione indebita, non alla truffa e simili (1).

Tanto sulla sopportazione del rischio per parte del debitore conseguente alla mora. È ad essa che allude la frase *mora perpetuat obligationem* (2). Sarebbe infatti erroneo l'interpretare questa *perpetuatio obligationis* nel senso che la mora renda imprescrittibile l'azione, mentre invece dal momento in cui l'individuo è costituito in mora la prescrizione prende il suo corso (3). Certo che trattandosi di *mora ex persona* occorrerà un nuovo intero periodo prescrizionale acciò la prescrizione si compia, chè quella che trovavasi in corso al momento della costituzione in mora viene col relativo atto interrotta (Art. 2125).

Risarcimento dei danni e sopportazione del rischio dicemmo essere i due soli effetti *indubbiamente* caratteristici della *mora solvendi*. Infatti troviamo bensì che nei contratti bilaterali la mora di una parte dà diritto all'altra, che dal canto suo è in regola perchè ha eseguita od è pronta ad eseguire la sua prestazione, a chiedere la risoluzione del contratto a tenore degli Art. 1165 del Codice civile, 42 del commerciale. Ma per poter presentare questo come un effetto specifico della mora in senso tecnico, bisognerebbe previamente dimostrare che non lo produca anche la mora in senso lato, in altre parole il ritardo non colposo. E si tratta invece di un punto tutt'altro che pacifico (4),

---

(1) Cfr. gli autori citati nella nota precedente. È notevole dunque che l'inapplicabilità a delinquenti diversi dal ladro trovasi sostenuta pure da Autori, come il GIORGI, favorevoli alla massima dell'Art. 1298 ult. cap. *Contra* FERRINI, al quale pare questione di coerenza lo spingere fino a questo punto l'applicazione di un principio, che vedemmo da lui con tanto calore difeso, anzi lodato come una norma di ragion naturale, *loc. cit.*, n. 424, pag. 620.

(2) Cfr. l. 24 § 2, D. de usur. 22, 1, l. 91 § 3 D. de verb. oblig. 45, 1, l. 58, § 1 D. de fideiuss. et mandat. 46, 1, tutte e tre di PAOLO. Sull'argomento veggasi recentemente GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*, in *Zeitschr. der Savigny-Stift.*, röm. Abth. XXXIV (1913), pag. 255-274.

(3) MOLITOR, *Op. cit.*, T, I, n. 331, pag. 426 e segg., ove è combattuto il MÜHLENBRUCH.

(4) Se, per fare sin d'ora qualche citazione, stanno per la necessità della colpa agli effetti dell'Art. 1165 (1184 del Codice francese) il LAURENT, *Op. cit.*,

la cui trattazione va rinviata a quando si dirà degli effetti dei contratti. E poi, se pur si desse per dimostrata la necessità di un ritardo imputabile per potersi far luogo alla cosidetta condizione risolutiva tacita dell'Art. 1165 Cod. civ., saremmo pur sempre di fronte ad una conseguenza non già speciale al caso di ritardo nell'adempimento, ma anche a quello di assoluto colposo inadempimento, onde la prestazione dovuta si è resa ormai impossibile o inutile. Erra d'altra parte chi tra gli effetti della mora pone, trattandosi di obbligazione alternativa, la perdita del diritto di scelta per parte del debitore. Non ho a questo proposito che da richiamare quanto ho esposto nel n. 41 a pag. 213-214. Parimenti nelle obbligazioni generiche la mora del debitore non autorizza certo il creditore a chiedere una cosa concreta compresa nel *genus*: l'azione dev'esser pur sempre rivolta al *genus* (1).

122. Poche parole sulla *purgazione della mora solvendi.* Essa ha luogo quando il creditore espressamente o tacitamente rinunzia a prevalersene. Senza entrare qui in soverchi dettagli che presupporrebbero oltre a tutto la conoscenza del modo onde funzionano certe cause di estinzione delle obbligazioni (es. il quesito se la novazione importi detta rinuncia), mi basterà ricordare che anche qui trovano applicazione i principî generali: che le rinuncie non si presumono, nè sono suscettive di interpretazione estensiva. La rinuncia tacita si desumerà

XVII, n. 124, pag. 140, e il CROME, *Op. cit.*, § 16, pag. 164-165 (pag. 167-168 della trad. italiana), per la tesi opposta possono addursi: DEMOLOMBE, cit. *Cours*, XXV, n. 497, pag. 477, GALLAVRESI, *La cond. risol. sottintesa nei contr. bilat.*. 2.a ed. (Milano, Tip. ed. lomb. 1878), n. 25, pag. 55, CAPORALI, *Teoria della cond. risol. tac. nel. Dir. civile* (Firenze, Tip. della Gazz. dei Trib. 1885), n. 5, pag. 34-35, IDEM, v. *Condizione risolutiva tacita*, in *Diz. prat. di Dir. privato* dello SCIALOJA, II, n. 4, pag. 325, CHIRONI, *Colpa contr.*, n. 289 *quater*, pag. 645, GIORGI, *Op. cit.*, IV, n. 208, pag, 238, BARASSI, cit. *Istit. di Dir. civ.* § 94, pag. 358, nota 2. E la Corte di Cass. di Firenze, con sent. 26 dicembre 1881 (causa Tordi-Dami) andò anzi tanto in là da ammettere che nemmeno per la condanna al risarcimento dei danni in base all'art. 1165 Cod. civ. occorra indagare se nell'inadempiente ci fu dolo o colpa. (*Temi ven.*, X (1885), pag. 66), il che però è insostenibile.

(1) Altrimenti agendo egli sarebbe inccorso per Diritto romano in una *plus petitio causa,* donde in antico la dura conseguenza ch'egli « causa cadebat id est rem amittebat » cfr. § 33 Inst. Just. de action. 4, 6 e GAI, *Comm.*, IV, 53^b.

da atti incompatibili con gli effetti o con taluni degli effetti della mora (1). Ha luogo altresì la purgazione quando venga adempiuta l'obbligazione, nel quale caso però gli effetti che sino a quel momento la mora aveva prodotti perdurano. E perdurano senz'uopo di esplicita riserva. Con l'accettare ciò che formava l'oggetto originario dell'obbligazione, il creditore ha consentito solo un pagamento parziale dell'obbligazione stessa, il cui oggetto oramai si era ampliato per effetto della mora e serberà il diritto a chiedere il resto (2).

Non è del tutto esatto il concetto che pare abbia voluto esprimere il *Landrecht prussiano* (3), che cessi la *mora solvendi* quando comincierebbe la *mora accipiendi*. Ciò sarà se trattisi di prestazioni le quali si eseguiscono di un sol tratto, ma, se l'obbligazione è di fare e l'opera richieda pel suo compimento un certo tempo, sarà cessata la *mora solvendi* tostochè il debitore abbia cominciato il lavoro (salvo si trattasse di un lavoro da consegnarsi bell'e fatto per un dato giorno): eppure non ancora si è reso possibile il concetto della *mora accipiendi* (4).

123. Mora del creditore (cosiddetta *mora accipiendi*): Ha luogo quando per l'adempimento dell'obbligazione sia necessario il concorso del creditore ed egli senza giusto motivo non lo presti, rifiutandosi così a ricevere ciò che gli è dovuto (5). Senza giusto motivo: la mora p. es. non ci sarebbe s'egli rifiutasse il pagamento che il debitore volesse fargli prima della scadenza, ove il *dies* non sia ad esclusivo van-

(1) Cfr. Giorgi, *Op. cit.*, vol. II, n. 75, pag. 112 (7ª ediz.).

(2) Cfr. Dernburg, cit. *Pandekten*, II, Bd. § 42 nota 5, pag. 118 (trad. ital. pag. 167-168), contro il Windscheid e F. Mommsen, il quale ultimo alla stessa eventuale riserva non darebbe altra efficacia che di originare un'obbligazione naturale. Fra noi il Messa dice che « una riserva purchessia non deve mancare », ma la ammette anche implicita e conclude che decidere se esista è questione *magis facti quam iuris* (cit. *L'obblig. degli interessi*, pag. 212).

(3) *Allgem. preuss. Landrecht*, I, 16. § 24.

(4) Cfr. i Motivi sul § 253 del primo Progetto del Codice civile germanico; *Motive* u. s. w., Vol. II (Berlin, Guttentag 1888), pag. 60.

(5) Analoga definizione in Hasenöhrl, *Op. cit.*, II Bd., § 84. pag. 341.

taggio del debitore stesso, o prima dell'avverarsi della condizione sospensiva se trattisi di obbligazione condizionale: parimenti se rifiutasse di ricevere un pagamento parziale (salvochè si versi in materia cambiaria, v. s., n. 58, pag. 262-263).

Vi hanno legislazioni che consacrano alla mora del creditore in sè e per sè considerata delle disposizioni a parte più o meno estese. Così facevano p. es., il *Codice prussiano* (1) e il *Codice sassone*, che trattavano in un apposito titolo della *mora* in genere (2) ed in esso dopo della mora del debitore disciplinavano quella del creditore (3); così fanno il *Codice svizzero delle obbligazioni*, che vi dedica cinque articoli sotto il titolo dell'*adempimento delle obbligazioni* (4) ed il *Codice germanico*, il quale ha persino un titolo apposito per la mora del creditore (5), deliberatamente tenuto distinto (6) dalle norme relative alla mora del debitore (7). Invece il *Codice francese* e quelli sul suo stampo, fra i quali il nostro, senza trattare a parte della mora del creditore, anzi senza neppur menzionarla, dettano talune norme ad essa relative là dove trattano dell'offerta reale di pagamento e del deposito (8). Sistema certo unilaterale e imperfetto (9) e, benchè io mi riservi di tornare a lungo sull'argomento dove si parlerà appunto del pagamento e quindi della detta offerta reale e conseguente deposito, non posso non convenire col CROME (10) che hanno torto i commentatori i

(1) *Allgem. preuss. Landr.*, I, 11, §§ 98, 102, 103, 939, 940.

(2) *Das bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen* §§ 733-755.

(3) §§ 746 e segg.

(4) *Codice svizzero*, Art. 91-95 inclusive. I primi quattro riproducono suppergiù gli art. 106-109 inclus. del Codice del 1881. Il quinto è nuovo.

(5) *Bürgerl. Gesetzb. f. d. d. Reich* §§ 293-304 inclusive.

(6) Cfr. i *Motivi* in HAIDLEN, *Op. cit.*, Vol. I, pag. 357.

(7) §§ 284 e segg.

(8) *Cod. francese*, Art. 1257 e segg., *Codice nostro*, Art. 1259 e segg., integrati dagli Art. 903-912 inclus. del Codice di procedura civile.

(9) Censurato pure, fra noi, dallo SCUTO, *La mora del creditore* (Catania, Giannotta 1905), pag. 9-11.

(10) CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 183 e seg.

quali in generale sorvolano sui requisiti della *mora creditoris* e non ne considerano gli effetti che in ordine ai predetti casi di offerta reale e di deposito. Basta pensare ai casi nei quali la prestazione formante oggetto dell'obbligazione non è per sua natura suscettibile di offerta reale e deposito, come sarebbe, per dirne uno solo, quello delle obbligazioni di fare. E tuttavia anche in essi può darsi che il creditore non si adoperi a ricevere la prestazione dovutagli e occorra pertanto addossargli gli effetti della sua mora e liberare il debitore (1). Onde si spiega come taluni scrittori all'espressione *mora accipiendi*, che par limitata solo ad un caso speciale (2), dichiarino di preferire quella più generica di *mora creditoris* (3).

Ho detto nel definire tale mora che deve trattarsi di prestazioni non realizzabili senza il concorso del creditore: altrimenti essa non è nemmeno concepibile, come sarebbe nel caso

---

(1) Laonde mi pare troppo reciso e poco esatto il SALEILLES, quando scrive a proposito della mora del creditore: « Il y a sous ce rapport deux systèmes législatifs possibles; celui par exemple de notre Code civil, qui n'admet d'autres ressources au profit du débiteur, au cas de refus de paiement par le créancier, que la faculté de se libérer par voie de consignation et pour qui par conséquent les offres ne sont que la condition préalable de la consignation et ne produisent aucun effet par elles mêmes. *Dans une législation de ce genre il n'y a pas de théorie sur la demeure du créancier et le Code civil, en effet, n'en connait point; le débiteur est acculé à la consignation* . . . Il y a un autre système législatif pour qui la consignation n'est qu'une ressource extrême qu'il faut chercher à éviter et qui consiste par conséquent à attribuer aux offres seules l'effet de soustraire le débiteur aux conséquences fâcheuses de cette prolongation injustifiée de son obligation, et, par suite, à faire supporter au créancier le préjudice résultant du retard dont il est l'auteur ». SALEILLES, *Étude cit.* n. 38, pag. 32. Con ciò si restringe il discorso alle prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, relativamente alle quali s' incontra infatto quel duplice sistema legislativo. Ma il campo della mora del creditore è, come noto nel testo, più lato.

(2) Nemmeno a tutte le obbligazioni di *dare*, tacendosi degli immobili e contemplandosi soltanto obbligazioni di dare danaro od altre quantità (art. 1259) o cosa mobile determinata (art. 1266).

(3) Così p. es. SCHEY, *Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. und im gem. Rechte* (Wien, Manz 1884), § 18, pag. 119, nota 3 e HASENÖHRL, *loc. cit.*

di obbligazioni *non faciendi* o di prestazioni stipulate a favore di terzi (1). Ma di che genere poi abbia ad essere questo concorso o cooperazione del creditore, non è cosa che si possa dire a priori, variando secondo la natura della prestazione. E se l'obbligazione è tale, che per l'individuazione dell'oggetto da prestarsi richieda un atto preliminare del creditore (esempio la scelta che a lui competa in un'obbligazione alternativa), egli incorrerà nella mora non eseguendo alla scadenza tale atto, senza del quale si rende impossibile al debitore il liberarsi (2). Parimenti non si dirà ch'egli dia tutta la cooperazione che gli incombe se non sia pronto ad apprestare quanto il debitore ha diritto di esigere a propria garanzia nell'atto in cui paga, come se non comprovi la propria qualità di creditore (di vero erede p. es.) o si rifiuti a rilasciar quietanza o a restituire il titolo del credito (3).

Ho detto che può variare secondo la natura della prestazione la qualità della cooperazione dovuta dal creditore. E qui in via di esempio non so ristarmi dall'addurre un caso deciso dal Tribunale di Torino (4). Esso dichiarò che il venditore di un areoplano non è inadempiente se non consegna la cosa venduta nel luogo e all'epoca indicata nel contratto, quando abbia avvisato il compratore che l'areoplano era a sua disposizione e questi non abbia provveduto a preparare l'hangar e quanto altro occorre a riceverlo. Questo per-

---

(1) HASENÖHRL, *Op.* e *Vol. cit.*, § 84, pag. 342 e autori ivi citati.

(2) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 345, pag. 280 (7ª ediz.), DERNBURG, *Pandekten*, II, § 43, pag. 120 (pag. 170 della trad. it.) HASENÖHRL, *Op.* e *Vol. cit.*, § 84, pag. 349, CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 188 (pag. 190 della trad. italiana), ma specialmente KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug* in *Jahrb. für die Dogmatik*, XVII Bd. (1879) (pag. 261-422), pag. 282 e segg., 356 e segg., 374 e segg. In genere di tali atti preparatorî eventualmente incombenti al creditore, che non compiendoli, cade in mora, fa cenno il § 91 del *Codice svizzero delle obbligazioni*.

(3) CROME, *loc. cit.*, nota 15, SCUTO, *Op. cit.*, pag. 88.

(4) Sent. 20 gennaio 1911 (causa Conelli de Prosperi-Cavalchini), in *Riv. del dir. comm.*, IX (1911), p. II, pag. 356-360, con nota favorevole appieno dell'avv. SOLA e fortemente dubitativa, sì da potersi dire contraria, di A. R. (il ch.mo collega ALFREDO ROCCO).

chè, trattandosi di un apparecchio delicatissimo, di fronte al prudenziale avviso ricevuto dal venditore l'acquirente avrebbe avuto obbligo di avvertirlo che spedisse ugualmente l'areoplano, *se riteneva di poterlo ritirare a proprio rischio* senza alcuna preventiva disposizione di località e mezzi adatti. Data una tale motivazione, non regge, mi sembra, l'opporre col Rocco che il venditore ha da eseguire l'obbligo della consegna senza preoccuparsi, nè punto nè poco, se poi la cosa sarà custodita malamente dal compratore od anche non custodita affatto. Infatti non un'indebita ingerenza sull'uso *posteriore* alla consegna, ma la mancata preparazione dell'ambiente (mi si passi la parola) necessario per effettuare la consegna stessa nel debito modo, motivava la eccezione del convenuto. Il quale mirava a premunirsi da future contestazioni su pretesi difetti dell'apparecchio esigendo la predisposizione di un locale adatto alla regolare sua installazione. Era poi questione di fatto, da decidersi, occorrendo mediante periti, se all'uopo bastasse il ricevimento della macchina alla stazione d'arrivo od occorresse l'apposito hangar. Nè la conclamata novità del caso attinente a strumento aviatorio dà un'impronta speciale al quesito, che si potrebbe fare per la consegna di strumenti scientifici di estrema precisione e di non così recente scoperta.

Altro requisito perchè possa dirsi in mora il creditore è che il debitore da parte sua sia pronto all'effettivo esatto adempimento in quel modo che la natura della obbligazione comporta o domanda (1) e a questo proposito va rilevata come eccessiva la esigenza del Codice nostro (Art. 1259), sulle traccie del *francese* (Art. 1257), di non accontentarsi dell'offerta reale, ma di volerla per di più susseguita dal deposito, ove la prestazione ne sia suscettibile (2). Non mi pare infatti esatta la osservazione del CHIRONI in difesa della legge, che cioè il

---

(1) L. 3 § 4 D. de act. emti et vend. 19, 1 di POMPONIO: « Mora (emtoris) videtur esse... si (venditor) omni tempore *paratus fuit tradere* ». Cfr. pure SCHEY, *Op. cit.*, § 17, pag. 108 e segg., CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 190, (pag. 192-193 della trad. it.), HASENÖHRL, *Op.* e *Vol. cit.*, § 84, pag. 344 e segg. e autori ivi citati.

(2) Concordano in questa critica il GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 83, pag. 119 (7ª ediz.) e lo SCUTO, *Op. cit.*, pag. 44-45. *Contra* CHIRONI, *Op. cit.*, n. 341, pag. 737.

debitore, se è pronto, come deve essere, al pagamento, non soffre nè lesione nè aggravio alcuno dimostrando col deposito la sua volontà di eseguire l'obbligazione che si è assunto. Chè l'aggravio ci sarebbe ove il credito fosse esigibile presso il debitore (*dette quérable*, *Holschuld,* in contrapposto a *dette portable*, *Bringschuld*, da pagarsi cioè altrove); ipotesi abbastanza comune (Art. 1249 cap.) ed alla quale pure si estende la necessità del deposito, attesa la generalità dei termini adoperati in questa materia dal *Codice francese* e dal nostro (1).

È grave questione, specie fra romanisti (2), se il mancato concorso del creditore all'effettuazione del pagamento debba essere colposo perchè si abbia il concetto vero e proprio della mora ed egli ne risenta i pregiudicievoli effetti. Lasciando da parte il Diritto romano, chè le espressioni fontali non sembra conducano a sicure risultanze (3), quella che mi pare azzardata è la affermazione del DERNBURG, che chi fa dipendere la *mora del debitore* dalla colpa di lui debba conseguentemente richiedere la colpa anche come elemento costitutivo della *mora del creditore,* per ciò che i due istituti corrono paralleli (4). Non c'è nessuna incoerenza nell'adottare eventualmente una conclusione diversa circa la necessità della colpa secondochè si tratta dell'una specie di mora o dell'altra, chè quel preteso parallelismo non sussiste, e basta a persuadersene il riflettere che il debitore in mora vien meno ad un obbligo a lui incombente, mentre invece da parte del creditore non istà un

---

(1) Cfr., fra tanti, SALEILLES, *loc. cit.,* n. 39, pag. 33, nota 2. *Contra* MESSA, in *Enciclop. giur. it., loc. cit.,* n. 54, pag. 408 e *L'obbligazione* ecc., n. 128 e 131, pag. 213-214.

(2) Cfr., anche per la estesa bibliografia, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 345, pag. 412, testo e nota 8 (8ª ediz.) e DERNBURG, cit. *Pandekten,* II, § 43, pag. 120-121, testo e nota 10 (traduz. it., pag. 170-171), entrambi richiedenti l'estremo della colpa.

(3) Cfr. WINDSCHEID, *loc. cit.*, pag. 412. *Contra* DERNBURG, *loc. cit.*, pag. 120, nota 10 e SCHEY, *Op. cit.,* § 13, pag. 79-81, che desumono il requisito della colpa da testi delle fonti.

(4) DERNBURG, *loc. cit.*

obbligo, ma un diritto. Infatti sarebbe errato il sostenere che il creditore, che è la parte attiva del rapporto obbligatorio, sia *tenuto a ricevere* la prestazione dovutagli: egli può trascurare questo cespite attivo, come può, ad es., lasciare incolto il suo fondo: l'unica cosa vera, ed evidentemente bene diversa, si è che il debitore ha da potersi sciogliere dal vincolo quando ne è giunto il momento e che di ciò la legge deve fornirgli e gli fornisce infatti il modo (1). Se dunque non esiste da parte del creditore il dovere di cooperare all'estinzione del rapporto obbligatorio, non si può mettere sullo stesso piede nei riguardi della mora la condizione sua e quella del debitore. A quest'ultimo incombe un'obbligazione e quindi come egli non risponde dell'inadempimento, secondo i principî della nostra legislazione, se non in quanto è colposo, così parimenti dev'essere dell'inesatto e particolarmente del ritardato adempimento. Pel creditore invece, non esistendo a suo carico obbligazione alcuna, non ripugna logicamente una eventuale contraria soluzione. La questione dunque non rimane punto pregiudicata per noi dall'avere precedentemente ammessa quale coefficiente della mora del debitore la colpa di lui (v. sopra, n. 119, pag. 518).

Come la dottrina particolarmente romanistica, così divise sono in proposito le legislazioni: mentre ad es. il già citato *Codice prussiano* esigeva il requisito della colpa, il vigente *Co-*

---

(1) Cfr. F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III (*Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, Scwetschke 1855), § 14, pag. 134-135 e § 17, pag. 163, Kohler, *loc. cit.*, specialmente al § 2, pag. 265-281 e pag. 409 e segg., Hasenöhrl, *Op.* e *Vol. cit.*, § 84, pag. 350 e segg., Crome, *Op. cit.*, § 17, pag. 184 e segg. (pag. 187 e segg. della traduz. italiana) Saleilles, *loc. cit.*, n. 40-41, pag. 33-35, Scuto, *Op. cit.*, pag. 91-108. Fra gli stessi sostenitori del principio che occorra la colpa del creditore per la mora di lui è oggimai abbandonato l'argomento ch'egli abbia l'obbligo di ricevere la prestazione. Riconosce p. es. la fallacia di quest'argomento il Windscheid, che pure lo aveva un tempo accolto (cfr. *Pandekten*, II, § 345 n. 10, pag. 282), e così dicasi del Ferrini, cit. v.° *Obbligazione* in *Enciclop. giur. ital.*, n. 424, pag. 625-626, e dello Schey, *Op. cit.*, § 6, pag. 27-29 e § 15, pag. 93.

dice germanico, pure dianzi citato, ne prescinde, e risulta dai Motivi che sovrattutto per accentuare tal differenza fra la mora del debitore e quella del creditore, fu quest'ultima trattata in una sezione a sè (1). Quanto al Codice nostro manca, io credo, un'esplicita dichiarazione in proposito, perch'è troppo debole l'argomento che per sostenere la necessità della colpa il FERRINI desume dalla locuzione dell'Art. 1259, che ritiene operativa l'offerta reale quando il creditore *ricusa* di ricevere il pagamento, frase non estensibile se non altro all'ipotesi in cui egli non possa riceverlo per qualche personale impedimento, escludente la colpa, onde allora sembrino inapplicabili le disposizioni sull'offerta reale e il deposito (2) o in altre parole esclusa la mora. Rispondiamo infatti che il termine ricusare nella sua generalità si attaglia ugualmente a tutte le ipotesi, significando rifiuto di accettazione senza distinguere se giustificabile o no. Piuttosto non si può negare l'esistenza della tradizione dottrinale, fra noi favorevole alla teoria della colpa quale requisito della mora del creditore non meno che di quella del debitore (3). Ma tuttavia razionalmente sembra preferibile la tesi opposta (4). Infatti all'argomento del WINDSCHEID (5), che non è giusto addossare al creditore i danni della sua non accettazione, postochè egli non sia di veruna colpa imputabile, si risponde che è giusto anche meno il farli sopportare al debitore, il quale pure non è imputabile di colpa alcuna, anzi

---

(1) Cfr. *supra* la nota 6 a pag. 545.

(2) FERRINI, *loc. cit.*, n. 424, pag. 626.

(3) Si confrontino in proposito gli autori citati dal GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 43, pag. 71, n. 1 (7ª ediz.). Il GIORGI sostiene necessaria la colpa e così pure il MESSA, vº *Mora* in cit. *Enciclop. giur. it.* n. 55, pag. 408 e *L'obbligazione* ecc., n. 132, pag. 215-217 e il DE RUGGIERO, cit. *Istit. di Dir. civ.* II, § 61, pag. 200.

(4) Sostenuta fra noi, ma con troppo breve argomentazione, dal CHIRONI, cit. *Colpa contrattuale*, n. 341, pag. 738 e con trattazione ampia dal BARASSI, cit. *Sulla responsab. per inademp. delle obblig.*, n. 39-43, pag. 150-173 dell'estratto.

(5) WINDSCHEID, *loc. cit.*

sarebbe pronto ad eseguire ciò che gli incombe. Con ciò si verrebbe senza ragione ad ampliare la portata della sua obbligazione (1).

Ma detto questo in via di massima, non si esclude che il creditore possa assumere contrattualmente l'obbligo di adoperarsi a ricevere la prestazione. E allora sì, essendo egli per questo verso debitore di un *facere*, a giudicare dell'eventuale inadempimento di una tale sua obbligazione entreranno in campo le regole ordinarie sulla colpa. Detto obbligo di concorso a ricevere la prestazione dovutagli può essere anzi implicito per il creditore nella natura stessa del contratto. Bell'esempio ne porge la l. 9 D. de act. emti et venditi 19.1 di POMPONIO, a torto invocata da chi sempre domanda la colpa del creditore perchè si abbia *mora accipiendi* (2). Vi si dice: « Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest ut eos tollat ». Qui il dover asportare le pietre comperate dal fondo ove stavano era per l'acquirente un obbligo connaturato con la convenzione, nella quale con l'elemento principale della vendita delle pietre era intrecciata e fusa una locazione d'opera assuntasi dal compratore e rinumeratagli certamente sotto forma del prezzo più basso per cui gli si saranno vendute le pietre atteso il lavoro di asporto a lui incombente (3). Ma da tale considerazione mi pare risulti che, più che versarsi in tema di *mora accipiendi*, siamo di fronte ad inadempimento

---

(1) Si confrontino gli autori citati nella prima parte della nota 1 a pag. 550. Senonchè va notato che il MOMMSEN fra loro giunge ad una conclusione eclettica, inquanto scusa il creditore, in altre parole non lo considera in mora, se non potè ricevere per qualche impedimento personale (alias p. es. se non volle ricevere per errore).

(2) Come dimostrò esaurientemente il KOHLER, *loc. cit.* e nell'altra sua monografia « *Der Gläubigerverzug* » nel suo *Archiv für bürgerl. Recht*, XIII (1897) (pag. 149-295), § 19, pag. 276-280. Cfr. pure, fra noi, SCUTO, *Op. cit.*, pag. 94.

(3) In perfetta armonia con quanto sta scritto nella l. 79 D. de contrah. emt. 18. 1 di GIAVOLENO e nella l. 21 § 4 D. de act. emti et venditi 19. 1 di PAOLO.

di uno degli obblighi che il contratto bilaterale importava nel caso concreto per una delle parti. Ragionamento da ripetere nel caso di certe locazioni d'opera artistica (p. es. rappresentazione teatrale) dove l'impresario, oltre all'obbligo di pagare la mercede, ha implicitamente assunto quello di far agire realmente l'artista scritturato, alla cui fama ed ai cui interessi una più o meno lunga inoperosità può nuocere sensibilmente, precludendogli, col non dargli il pattuito mezzo di spiegare i suoi talenti, la via a futuri lucri (1).

123 bis. Quanto agli *effetti* della mora del creditore, il principio fondamentale ha da essere questo, che per essa non debba trovarsi aggravata la condizione del debitore, e tanto meno debba il debitore medesimo incorrere nei danni per legge o per contratto (esempio clausola penale) inerenti al non adempimento dell'obbligazione (2). Per applicazione di ciò, generalizzando quanto l'Art. 1259 capov. detta in ordine alle prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, diremo che dal momento in cui il creditore è legalmente in mora cessano gli interessi e la cosa rimane, ancorchè prima nol fosse, a rischio e pericolo del creditore, del che troviamo fatta applicazione in tema di locazione d'opera all'Art. 1635, così concepito: «Nel caso in cui l'artefice somministri la materia, se la cosa viene a perire in qualsivoglia modo prima di essere consegnata, la perdita rimane a carico dell'artefice, *purchè il committente non fosse in mora per riceverla*». A carico del creditore moroso stanno le spese dell'offerta reale e del deposito validamente fatti (Art. 1262) e più in generale si dirà che il creditore dovrà risarcire il debitore delle spese e danni conseguenti alla mora.

Si insegna infine generalmente (3) che, caduto il creditore

---

(1) Conf. A. Musatti, *La mora accipiendi e le scritture teatrali*, nota a conforme sentenza 8 Aprile 1910 della Corte d'Appello di Genova (causa Società Genuensis-Sampieri), in *Riv. del Dir. comm.*, VIII (1910), p. II, pag. 761-768. Dal che, a mio avviso, sempre più si avvalora il carattere eccezionale dell'art. 1641 Cod. civ.

(2) Crome, *Op. cit.*, § 17, pag. 193 (pag. 195 della traduz. italiana).

(3) Windscheid, *Pandekten*, II, § 346, pag. 415 testo e note 2 e 3, ed agli autori ivi citati aggiungansi, per ciò che riguarda il vigente Diritto italiano,

in mora, il debitore non risponde quind'innanzi che del dolo e della colpa lata che ad esso si pareggia. Principio tramandatoci dal Diritto romano (1) e del quale dà una ragione punto plausibile il CHIRONI quando lo fa discendere come corollario dallo spostamento del pericolo per caso fortuito dianzi accennato (2): non c'è infatti connessione di sorta fra l'una cosa e l'altra, perchè sarebbe pur concepibile che dal momento della mora del creditore la cosa cessasse di stare a rischio e pericolo del debitore (se eventualmente ci stava prima contro le regole generali) e tuttavia egli continuasse a prestare il grado di diligenza portato dall'obbligazione di cui si tratta. Si presenta a prima vista ben più persuasiva la ragione che di quel principio dà il WINDSCHEID. Egli dice: « Se il creditore avesse accettato [la prestazione], il debitore non avrebbe avuto oramai da impiegare più nessun genere di cura. [Dovrebbe dunque essere esente da qualsiasi responsabilità]. Senonchè dalla responsabilità per dolo e colpa grave non si è mai liberati (3) ».

Senonchè sulla bontà dell'asserito principio io mi permetto nutrire gravi dubbi. Perocchè quand'io avrò prosciolto il debitore dalla responsabilità che gli incombeva giusta le norme della colpa contrattuale, egli cadrà sotto quelle della colpa extracontrattuale, che nessuno asserisce limitate alla colpa lata,

---

GIORGI, *Op. cit.*, II, n. 82, pag. 118 (7ª ediz.), CHIRONI, *Colpa contr.* n. 341, pag. 738, FERRINI, cit. *Obbligazione* (in *Enciclop. giur. it.*), n. 424, pag. 626-627. Il MESSA, che era in questo novero nel primo dei citati suoi lavori (v° *Mora* in *Enciclop. giur. it.* Vol. cit., n. 56, pag. 408) dichiarò poi nell'altro (*L'obbligazione* ecc., n. 135 pag. 220) accostandosi alle ragioni da me esposte già nella 1ª edizione del presente volume, di « dubitare dell'esattezza di questa opinione ». Concorda pure meco lo SCUTO, *Op. cit.*, pag. 120-122.

(1) l. 5 D. de peric. et comm. 18, 6 di PAOLO, l. 17, eod. di POMPONIO, l. 9 D. sol. matrim. 24, 3 dello stesso.

(2) Egli scrive (*loc. cit.*): « dal giorno del deposito . . . la cosa depositata è a rischio e pericolo del creditore (Cod. civ., Art. 1259), *cosicchè* il debitore riman secondo i principî generali tenuto soltanto pel dolo e per la colpa grave che nell'ordinamento legale gli è equiparata ».

(3) WINDSCHEID, *loc. cit.*, precisamente nella nota 2. Lo segue il FERRINI, *loc. cit.* (e lo seguiva il MESSA, nel citato suo primo lavoro sulla *mora*, *loc. cit.*).

ma che anzi generalmente si ritengono (v. s., n. 111,[bis] pag. 465) più severe delle prime. Ma è da dire piuttosto che, non costituendo la mora del creditore una causa di estinzione dell'obbligazione, questa continua a carico del debitore ed occorrerebbe un testo esplicito di legge, che nel concreto caso non esiste, perchè ne fossero in questa parte modificati gli effetti (1). Quanto poi all'autorità del Diritto romano, convien notare ch'esso, date almeno talune circostanze, permetteva al debitore, quando il creditore era in mora, di abbandonare le cose dovute alla loro sorte (*preisgeben,* dicono con voce espressiva i tedeschi), persino di disperderle (es. *effundere vinum*) per essere completamente libero (es. per aver disponibili i *dolia* contenenti il vino dovuto) (2): orbene, era già una conquista dell'equità sullo stretto Diritto il voler obbligato il debitore a conservare (almeno fino ad un regolare deposito) la cosa pur non tenendolo in siffatta custodia responsabile che di dolo o colpa lata (3). In una legislazione come la nostra ispirata ad altri principî, non autorizzante *mai* il debitore a liberarsi nel predetto modo altrettanto spiccio quanto pregiudizievole al creditore, vien meno

---

(1) Il testo esplicito, che manca da noi, c'è invece in altre legislazioni, p. es. nel *Codice prussiano,* dove ai §§ 98, 112 della Parte I, Tit. II si legge relativamente al contratto di compravendita: « Hat aber der Käufer den Verzug der Uebergabe verschuldet, so haftet der Verkäufer nur für einen solchen Schaden der an der Sache durch seinen Vorsatz oder grobes Versehen entstanden ist ». Hat der Käufer die Uebernahmen vezögert, so etc. (§ 111) « Dabei darf der Verkäufer blos für ein grobes Versehen haften » ; nel *Codice sassone,* § 750: « Der Verpflichtete haftet, selbst wenn er früher eine Weitergehende Verbindlichkeit hatte, nur noch für absichtliche Verschuldung und grobe Fahrlässigkeit » e nel vigente *Codice germanico,* § 300: « Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten ».

(2) Cfr. l. 1, §§ 3, 4 D. de peric. et comm. 18, 6 di ULPIANO e l. 12 e 14 pr. D. eod. di PAOLO. Per il Diritto romano e il Diritto comune in argomento mi basta rinviare al DE RUGGIERO, *Note sul cosidetto deposito pubblico o giudiziale in Dir. rom.,* in *Studii economico-giuridici dell' Università di Cagliari* I (1909), pag. 121 e agli autori ivi citati. Veggasi pure SCUTO, *Op. cit.,* pag. 162-169.

(3) CROME, *Op. cit.,* § 17, pag. 200 (trad. it. pag. 201-202).

la ragione di scendere per la responsabilità ai gradi minimi del dolo e della colpa lata (1). Dobbiamo del resto avvertire che la questione ora trattata avrà nella nostra legislazione un ristretto campo di applicazione pratica. Perchè là dove sono possibili l'offerta reale e il deposito, sappiamo che la mora del creditore non sorge (e quindi anche pei nostri avversarî deve rimanere inalterata la responsabilità per colpa contrattuale) se non dopo effettuato legalmente il deposito, cioè dopochè è cessata la possibilità che il debitore si renda responsabile di qualsiasi grado di negligenza rispetto alla conservazione di cosa che non è più in suo potere. La questione avrebbe importanza solo nell'ipotesi dell'Art. 1266, che cioè si tratti di un determinato corpo il quale debba essere consegnato nel luogo in cui si trova; in tal caso « il debitore deve con atto d'intimazione fare ingiungere al creditore di eseguirne il trasporto » e sorgerà allora il quesito dei limiti entro i quali, da quest'atto di intimazione in poi, egli dovrà rispondere nella custodia della cosa che si trova tuttora presso di lui (2).

Già incidentalmente ci è accaduto di avvertire che la mora del creditore non estingue l'obbligazione, il che è, si può dire, cosa ovvia. Conviene piuttosto soggiungere che il credito perdura con le eventuali sue garanzie. Tanto che l'Art. 1263 Cod. civ. dichiara persistere l'obbligazione di condebitori e di fideiussori datochè il debitore, fatti l'offerta reale e il deposito della cosa dovuta, ritiri poi il deposito, come ne ha sempre facoltà sintantochè il creditore non lo abbia accettato. Solo col

---

(1) Il Crome sostiene in riguardo al Diritto francese la stessa nostra opinione con altro argomento, che almeno da noi sarebbe assurdo. Egli dice (*loc. cit.*): se vuol liberarsi il debitore, la legge gliene offre il mezzo consistente nel deposito: s'egli non vi si appiglia, è giusto continui a rispondere secondochè vuole il rapporto obbligatorio di cui si tratta. Ma il deposito, come noto nel testo, non è mezzo di liberarsi dato al debitore *pendente* la mora del creditore, bensì estremo necessario per costituirlo in mora, ove si tratti appunto di prestazione suscettibile del deposito stesso.

(2) Cfr. Ferrini, *loc. cit.*, pag. 627.

diventare irrevocabile il deposito le garanzie cessano del tutto, essendo allora l'obbligazione estinta (1).

123 ter. Resta che tocchiamo delle cause per cui cessa la mora del creditore. È evidente che ciò avverrà anzitutto quand'egli sia pronto a ricevere la prestazione che prima avea rifiutata, o, per usare una formola più esatta nella maggiore sua generalità, quand'egli si offra a prestare il concorso al pagamento, invano prima desiderato, nonchè ciò di cui lo ha reso debitore la mora (es. rifusione di danni). E se di fronte alla prestazione relativamente alla quale si verificò la *mora accipiendi* stia una controprestazione (com'è nei contratti bilaterali) e il termine per la controprestazione sia scaduto, non si potrà dire che il creditore sani la propria mora col solo fatto di prestarsi a ricevere, ma dovrà altresì essere pronto ad effettuare la controprestazione che gli incombe (2). Ma di ciò e dei più lati diritti che possono in tal caso competere alla parte ch'è in regola contro l'altra, specie trattandosi di vendita di cose mobili (Art. 1512), discorreremo a lungo altrove. Cessa altresì la *mora creditoris*, com'è naturale, quando l'obbligazione venga comunque ad estinguersi, e parimenti quando il debitore condoni il ritardo (3) o si convenga fra le parti che il debito abbia ulteriormente a sussistere, cioè si stipuli un nuovo *dies* per l'adempimento (4). Finalmente in una legislazione come la nostra che, trattandosi di prestazioni suscettibili di offerta reale e deposito, fa dipendere la mora del creditore dal deposito legalmente effettuato, e permette poi di regola al debitore di ritirarlo finchè

(1) SCUTO, *Op. cit.*, pag. 113 testo e nota 9 e autori ivi citati.

(2) Cfr., fra altri, F. MOMMSEN, *Op. cit.*, § 36, pag. 339, WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 345, pag. 414 (8ª ediz.), DERNBURG, cit. *Pandekten*, II, § 43, pag. 122 (pag. 173 della traduz. italiana), HASENÖHRL, *Op. e Vol. cit.*, § 84, pag. 360, CROME, *Op. cit.*, § 17, pag. 195 e § 18, pag. 210 (pag. 196 e 211 della trad. italiana), SCUTO, *Op. cit.*, pag. 245.

(3) V. la maggior parte degli autori citati nella nota precedente e fra noi MESSA. v. *Mora* n. 57, pag. 409 e *L'obbligazione* ecc., n. 136, pag. 221.

(4) DERNBURG, *loc. cit.*, HASENÖHRL, *loc. cit.*

non sia stato accettato dal creditore (Art. 1263), cesserà la mora del creditore quando di questa facoltà il debitore si valga (1). Ed è pure ovvio che in tal caso alla mora del creditore sottentrerà con tutti i suoi effetti quella del debitore.

L'una specie di mora dunque può succedere all'altra, chè, all'inverso del caso or ora esaminato, può darsi che la purgazione della *mora solvendi* faccia sorgere la mora del creditore (2). Ebbene, in tali ipotesi si applica il principio desunto dalla l. 17 D. de peric. et comm. 18, 6 di POMPONIO, *posterior mora nocet*. Invece non è possibile la concomitanza delle due specie di mora, poichè tra i presupposti dell'una è la mancanza dell'altra, onde siffatta concomitanza sarebbe, osserva benissimo F. MOMMSEN, una *contradictio in adiecto* (3). Di qui l'ulteriore impossibilità di discorrere di una reciproca compensazione fra le due more (4).

123 quater. L'attrattiva del tema mi ha portato a trattare della *mora creditoris* più a lungo che non fosse nell'originario mio divisamento. E tuttavia dovrò altrove tornarci sopra, specialmente, come ho detto sin dapprincipio, nel tema dell'offerta reale e del deposito, dove fra altro esaminerò entro quali limiti, in sostituzione del deposito, sia ammesso dalla vigente nostra legislazione, entro quali da altre a liberazione del debitore, quell'altro surrogato del pagamento che consiste nel vendere o far vendere per conto del creditore la cosa dovutagli (che è ciò che i tedeschi chiamano *Selbsthülfeverkauf* e i

---

(1) Dicasi altrettanto se, eseguiti l'offerta reale e il deposito, vengano poi definitivamente annullati per sentenza, SCUTO, *Op. cit.*, pag. 247.

(2) V. sopra, n. 122 pag. 544, dove si è semplicemente oppugnato l'assunto che ciò avvenga sempre necessariamente.

(3) F. MOMMSEN, *Op. cit.*, § 36, pag. 341. Cfr. pure fra altri, MOLITOR, *Op. cit.*, n. 339, pag. 437-438, HASENÖHRL, *Op.* e *Vol. cit.*, § 84, pag. 349, testo e nota 34. Da tutti questi autori poi si trovano ricordati e combattuti quegli scrittori che in passato ebbero a sostenere la tesi opposta, alla quale parrebbe *prima facie* favorevole la l. 51 pr. D. de act. emti et vend. 19, 1 di LABEONE.

(4) Cfr. gli autori indicati nella nota che precede e MESSA, *Op. cit.*, n. 57, pag. 409, nota 2.

nostri, specie i commercialisti nell'illustrare gli Art. 68 e 69 Cod. comm., *esecuzione coattiva*). Inoltre più a lungo che qui non siasi potuto fare andrà trattato l'argomento della mora in relazione al caso di prestazioni *hinc inde* dovute giusta il titolo costitutivo dell'obbligazione. E ciò naturalmente là dove tratteremo dei contratti sinallagmatici.

SEZIONE V.

Casi di adempimento di obbligazioni in forma specifica conseguibile mediante esecuzione forzata — Teoria dei danni ed interessi per inadempimento o inesatto adempimento.

SOMMARIO: 124. Posizione del tema e partizione della Sezione in paragrafi.

124. Dolo, colpa, mora, vedemmo produrre un effetto comune, l'obbligo di risarcire i danni. Di questi pertanto conviene discorrere a parte. E lo faremo con relativa brevità, sia per rientrare nei limiti del presente corso, in qualche altra parte trascesi, sia perchè molte nozioni verranno meglio esplicate dove si tratterà *ex professo* della colpa aquiliana, generatrice anch'essa dell'obbligo di riparare i danni (anzi con una estensione a giudizio di molti maggiore). Qui ci basterà, come abbiamo fatto per altri riguardi, l'accennare pure alla colpa aquiliana per quel tanto che giovi a meglio lumeggiare il tema nostro in ordine alle obbligazioni non originate da delitto o quasi delitto.

Ma prima di toccare dei danni e della loro rifusione, par conveniente rispondere al quesito se e in quali casi rimanga possibile al creditore insoddisfatto l'ottenere in via di esecuzione forzata l'adempimento dell'obbligazione in forma specifica; al quale però non si esclude possa accompagnarsi altresì l'obbligo pel debitore di rifondere danni, quali il creditore può aver tuttavia risentito, non fosse altro che pel ritardo.

In un primo paragrafo pertanto diremo dei casi nei quali è possibile *in executivis* giungere alla prestazione in forma

specifica. Cercheremo di precisare nel secondo paragrafo il concetto del danno e la estensione del suo risarcimento. Passando poi alla liquidazione del danno, la divideremo in altri tre paragrafi, quanti sono i modi onde la liquidazione può, come si vedrà, effettuarsi.

§ 1.

Casi di possibile forzato adempimento in forma specifica e casi di conversione della prestazione nel suo equivalente.

SOMMARIO: 125. Si precisa il concetto di adempimento in forma specifica agli effetti della presente ricerca. Adempimento in forma specifica per le obbligazioni di *dare* e per talune obbligazioni di *fare* o di *non fare*. — 125 *bis*. Lacuna della nostra legislazione in molti altri casi di obbligazioni di *fare* o di *non fare*: raffronto con legislazioni estere. — 125 *ter*. Obbligazioni di addivenire ad una dichiarazione di volontà; in particolare della promessa bilaterale di compravendita: rinvio. — 125 *quater*. Casi nei quali l'adempimento dell'obbligazione non si può ottenere che per equivalente. In che debba l'equivalente consistere. Transizione al § 2.

125. Basta riandare le cose esposte nella prima parte del presente volume perchè s'abbia a dire che *a rigore di termini* non si ha più adempimento in natura tutte le volte che il debitore persista a non effettuare la prestazione, ancorchè la risultanza economica finale la si ottenga *in executivis* proprio tal quale si sarebbe avuta dal fatto [od omissione] di lui debitore e non già trasformata in un equivalente. Questo come corollario della *obligationum substantia* quale ci è presentata nella notissima l. 3 pr., D. *de obl. et act.* 44. 7 di PAOLO e della incoercibilità della prestazione come atto di volontà personale. Senonchè dalla pura teoria scendendo alla realtà pratica, giustamente si considera che anche allora sia il caso di parlare di adempimento ottenuto *in forma specifica*, per contrapposto a tutti quegli altri casi nei quali viene *in executivis* a trasformarsi quello che altra volta abbiamo qualificato il *contenuto della prestazione* o in altri termini l'*oggetto mediato* (v. s., n. 34, pag. 184). È concepibile dunque una triplice ri-

sultanza della esecuzione forzata (parlo in via di massima, astraendo per un istante dalla nostra legislazione positiva) cioè :

1) che mediante comminatorie di vario genere (pene pecuniarie, arresto, carcere ecc.) si riesca a vincere la riluttanza del debitore, nel qual caso si giunge al massimo effetto, cioè all'adempimento proprio da parte dell'obbligato (idest adempimento in natura o in forma specifica *stricto sensu).*

2) che, pur persistendo detta riluttanza del debitore ad eseguire egli la prestazione, si ottenga tuttavia ugualmente il preciso oggetto di essa (adempimento specifico *lato sensu).*

3) che nemmeno questo essendo possibile, debba il creditore accontentarsi di conseguire un equivalente di ciò che gli era dovuto.

Dei tre gradini di questa scala il primo è particolarmente occupato da quelle tali obbligazioni, in cui, essendo assolutamente insurrogabile da altri l'attività del debitore, la persistente inadempienza di lui ad onta delle esperite comminatorie renda impossibile il passaggio al secondo gradino e necessario quindi scendere al terzo. E di ciò *de iure condito* e *de iure condendo* si dirà nel numero che segue. Qui invece diciamo brevemente dei casi nei quali, essendo attuabile la esecuzione del secondo grado, il creditore ottiene, come dissi altra volta, un surrogato della mancata personale prestazione tanto prossimo ad essa da identificarvisi nella pratica risultanza finale (v. s., n. 16 *quater*, pag. 85 testo e nota 3).

Segue ciò nelle obbligazioni di *dare* semprechè tuttora sussista la *species debita.* A siffatta realizzazione in natura mirano gli art. 741-749 incl. del Codice di proc. civ. che regolano la esecuzione per consegna di beni mobili (1) o per rilascio di

---

(1) Vanno qui segnalate la *legislazione germanica e l'austriaca*, le quali, ispirate al proposito di nulla lasciare intentato perchè il creditore raggiunga possibilmente il preciso oggetto dovutogli, ammettono il cosidetto giuramento di manifestazione (*Offenbarungseid*) da deferire al debitore presso cui la cosa mobile da consegnare non si trovi. Egli deve giurare, se il creditore lo chiegga, che non

immobili e l'art. 68 Cod. comm., che, come si è avvertito nel numero 123 *quater* riceverà altrove particolare illustrazione. Qui ci basta segnalarne il penultimo capov., pel quale, se il venditore di cosa mobile non adempie la sua obbligazione, il compratore ha diritto di far comprare *la cosa* (1) col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti, per conto e a spese del venditore (oltre al risarcimento dei danni). Se trattasi di *debito pecuniario*, si giunge alla realizzazione in natura per via dell'esecuzione forzata sui beni mobili o immobili del debitore, che si vendono all'asta appunto per pagare il creditore col denaro ritrattone (2). Se trattasi di altre obbligazioni di *dare* generiche (*genus illimitatum* che *numquam perit*), sarà cosa normale in *materia civile* che l'esecuzione non conduca al soddisfacimento in natura, ma procuri al creditore niente più che il valore delle cose dovutegli (art. e arg. art. 1828). Non potendo infatti allora il creditore valersi di quel rimedio rapido, tutto proprio della vendita commerciale, che ha norma nel citato Art. 68 Cod. comm., il cui supremo vantaggio è di evitargli le lungaggini dell'ordinaria esecuzione giudiziale e di procurargli immantinenti le merci acquistate con le quali adempiere a sua volta impegni ad esse relativi, cessa d'ordinario pel creditore stesso l'interesse di averle in natura. Ma ciò non toglie ch'egli possa, per analogia di quanto vedremo valere nelle obbligazioni di *fatti* fungibili, chiedere di essere autorizzato all'acquisto delle *cose* fungibili, a spese del debitore, se questa forma di esecuzione gli si presenti ancora, per una od altra ragione, utile e preferibile.

Si prestano pure a esecuzione in forma specifica le obbligazioni di *fare*, ove riguardino opere fungibili. È infatti al-

---

possiede la cosa, nè sa dove si trovi §§ 883, 884 della *Civilprozessordnung f. d. Deutsche Reich* del 30 gennaio 1877, modificata con legge 17 maggio 1898 e §§ 47-49 della *Exekutionsordnung austriaca* del 27 maggio 1896.

(1) Evidentemente ha da trattarsi di cose fungibili.

(2) Questo per regola; chè vi sono casi eccezionali in cui il creditore esecutante finisce col ricevere cose diverse dal danaro, cfr. art. 637 e 675 cod. proc. civ.

lora applicabile l'Art. 1220 Cod. civ. (1144 Cod. fr.), per cui « non essendo adempiuta l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore ».

Finalmente ove trattisi di obbligazioni di *non fare*, conviene distinguere in conformità a quelle posizioni varie di cui si è tenuta parola nel discorrere dell'oggetto delle obbligazioni in generale (v. s., n. 35, pag. 191). Se la dovuta astensione concerne un solo dato momento (*einmalige Unterlassung*) la violazione dell'obbligo una volta avvenuta è un fatto oramai irretrattabile e al creditore non rimane che agire per rifusione di danni. È il caso di dir col poeta: non torna più lo strale quando dall'arco uscì ». Se oggetto dell'obbligazione invece è un'astensione continuativa, cioè duratura per un certo periodo di tempo (*zeitweilige* o *dauernde Unterlassung*), è pur possibile escogitare mezzi che, mentre rimettono le cose allo *statu quo ante*, rendano al tempo stesso possibile la prestazione negativa per l'avvenire. Si riferisce a tale ipotesi l'art. 1222 Cod. civ., per cui « Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento dei danni ». E qui concordo con chi ritiene applicabile tale disposizione non soltanto ove trattisi di un'opera materiale (es. una siepe, un muro ecc.) con l'eseguire la quale si contravvenne all'obbligo assunto, ma a tutti i casi in cui si renda possibile la remissione in pristino pur non occorrendo abbattimento o distruzione di cose materiali (1) e senza violenza sulla persona del debitore, come si chiarirà in seguito.

---

(1) Cfr. PLANIOL, *Op.* e *vol. cit.*, n. 173, pag. 62, che reca l'esempio di chi, venduta un'azienda obbligandosi a non aprirne altra simile che faccia concorrenza all'acquirente, viola tal patto; nel qual caso l'autorità giudiziaria potrà ordinare la chiusura del magazzino aperto dal venditore. Lo segue SILVIO LESSONA, *Competenza ad ordinare la chiusura di una farmacia illegalmente aperta*, in *Riv. di dir. pubblico*, III (1911) (pag. 387-399), pag. 390. Egli spinge l'applicazione del giusto principio al caso appunto di farmacia illegalmente aperta, am-

Reputo che il giudice a cui sia chiesta nei predetti casi di obbligazioni *generiche di dare,* di obbligazioni di *fare* o di obbligazioni di *non fare* l'esecuzione in forma specifica, non possa rifiutarla (1). Far conseguire al creditore, fintantochè è possibile, l'oggetto dovuto in natura risponde nel modo più perfetto alla funzione giudiziaria, che deve sostituirsi all'opera del debitore, il quale era in prima linea tenuto ad adempiere *esattamente* l'obbligazione (art. 1218 Cod. civ.). E se questa è

---

mettendo che gli interessati possano farne ordinare dal giudice la chiusura. E questo contrariamente alla sent. 1 aprile 1911 della Cassazione di Roma a sezioni unite in causa Santi-Arnoldi (*ibid.*, pag. 385-387), che ammise non potere l'autorità giudiziaria, data la non inibizione del Prefetto alla notificatagli apertura della farmacia, andare più in là della aggiudicazione dei danni, ravvisando nella stessa non inibizione un atto amministrativo non revocabile dall'autorità giudiziaria. Evidentemente questa speciale questione di limiti fra autorità amministrativa e autorità giudiziaria, largamente svolta dal LESSONA con buon apparato di dottrina, esula dalla nostra trattazione.

(1) Concorde GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 107, pag. 164-165 (7ª ediz.), ma con motivazione che non mi pare di per sè sola concludente. Egli nega al giudice facoltà di assegnare il risarcimento a danaro anzichè l'autorizzazione chiestagli dal creditore a termini degli art. 1220, 1222, perchè «il giudice non può mai concedere cosa diversa da quella domandata». La questione nostra resterebbe tuttavia irresoluta. Perchè si tratta di vedere se il creditore abbia *diritto* a che quella autorizzazione gli sia impartita ovvero se il darla o no sia in facoltà del giudice. E se per avventura si adottasse questa seconda opinione, la massima invocata dal GIORGI condurrebbe a concludere che il giudice non possa arbitrarsi a mutare il petito, ma possa tuttavia respingerlo senz'altro. Invece si trattava di provare ch'egli ha *obbligo* di accettarlo, pronunziando in conformità ad esso. Lo stesso illustre Autore apporta poi un discutibile temperamento al principio che accoglie, soggiungendo che il giudice avrà facoltà di sostituire alla prestazione in forma specifica la prestazione in danaro *ex causa magnae difficultatis*. Molto giustamente TH. HUC censura una decisione della Cassazione francese che, di fronte all'Art. 1144 del Cod. Napoleone, rimise al giudice l'apprezzare l'*opportunità* di ordinare o no la chiesta distruzione di opere fatte dal debitore. I giudici, egli obbietta, «sont institués pour faire avoir aux parties *ce qui leur est dû* et non pour apprécier l'*opportunité* de leurs réclamations». HUC, *Commentaire du Code civil*, T. VII (Paris, Pichon 1894), n. 138, pag. 195. Veggasi pure per l'obbligatorietà di pronunciare, in quanto è di fatto possibile, l'esecuzione in natura, BORSARI, cit. *Commentario*, Vol. III, parte 2ª, sugli Art. 1220-1222, § 3150, pag. 550.

la soluzione dominante nella dottrina francese (1) *a fortiori* la si dovrà accogliere da noi, dacchè molto saggiamente non fu riprodotto quell'infelicissimo Art. 1142, col quale si inizia nel Codice Napoleone la sezione intitolata « De l'obligation de faire ou de ne pas faire », articolo che dice: *Toute obligation* de faire ou de ne pas faire *se résout en dommages et intérêts* en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Posta questa premessa, parrebbe certo più facile in Diritto francese un'interpretazione restrittiva dei successivi art. 1143, 1144 (sostanzialmente corrispondenti ai nostri 1220, 1222) quale si avrebbe consentendo al giudice di ordinare la sola emenda dei danni, contro il voto del creditore, pur nei casi in quegli articoli divisati.

Più difficile sarebbe il difendere la medesima tesi trattandosi di colpa aquiliana. Vi hanno legislazioni che anche in riguardo ad essa obbligano alla riparazione in natura, in quanto sia possibile. Così è per es. per il *Codice austriaco*, giusta il § 1323 che nella redazione ufficiale italiana suona nella prima parte così: « Onde risarcire un danno cagionato *debbono* restituirsi le cose tutte nello stato pristino, o *se ciò non può eseguirsi*, devesi pagare il valore di stima » (2). Da noi invece l'Art. 1151 pone il *risarcimento dei danni* non come succedaneo, ma come oggetto primario dell'obbligazione nascente dall'atto illecito. Tuttavia essendo la forma ideale di riparazione quella in natura, *potrà* anche allora essere ordinata dal giudice (3) e sarà consigliabile lo faccia, per analogia dell'art. 1222 (tutto-

---

(1) Cfr. fra i tanti, oltre al citato HUC, DEMOLOMBE, *Op. cit.*, T. I (XXIV del Cours etc.), n. 505, pag. 507-509, LAURENT, *Op. cit.*, T. XVI, n. 199, pag. 259-260, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.*, T. I, n. 436, pag. 475-476. *Contra* LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. I, sugli Art. 1143, 1144, n. 7 e n. 9, pag. 539, 540.

(2) Analogamente i §§ 249-251 del *Cod. civ. germanico*.

(3) Conf. CHIRONI, cit. *Colpa extracontratt.*, II, n. 432, pag. 362 (2ª ediz.), GIORGI, *Op. cit.*, Vol. V, n. 230, 231, pag. 388-389 (7ª ediz.) CESAREO-CONSOLO, *Tratt. del risarc. del danno in materia di del. e quasi del.*, 2ª ediz. (Torino, Unione 1914), Cap. IV, n. 15, pag. 216.

chè relativo a colpa contrattuale) ogni qualvolta la cosa sia possibile e il danneggiato ne faccia richiesta (1).

Se merita lode il Codice civile che con gli art. 1220, 1222 prestò adito ad ottenere dal giudice, dove sia praticamente possibile, l'adempimento specifico di obbligazioni di fare o di non fare, altrettanto è a lamentarsi il silenzio in proposito del Codice di rito, donde questioni fra i nostri proceduristi (2) sul modo di condurre in tali casi la esecuzione. Autorizzato il creditore a far fare da altri, a distruggere o a far distruggere a spese del debitore, come dovrà comportarsi? Credo in verità che mal si apponesse la Commissione di coordinamento del Codice di procedura civile negando la necessità di norme procedurali in argomento (3). Notò la Commissione che «per ottenere siffatta autorizzazione [di far adempiere l'obbligazione a spese del debitore] occorrerà un giudizio e che in questo giudizio il debitore potrà domandare, e il Magistrato ordinare, anche d'ufficio, tutte le cautele opportune nei singoli casi» e che del resto «sarebbe impossibile determinare utilmente queste cautele in un Codice di procedura». Obbietto che certi punti potevano benissimo e dovevano ersere precisati a scanso di ogni questione. Si ha da notificare personalmente la sen-

---

(1) Veggasene una recentissima applicazione, interessante per la specialità della controversia e per la qualità delle parti in causa, nella sent. 20 maggio 1914 del Tribunale di Roma (causa Pàscoli-Morandi), in *Riv. del dir. comm.*, XII (1914), p. II, pag. 494-501, corredata di nota dell'avv. A. Musatti, col titolo *Elementi originali della antologia*, nel principio della quale è prospettato il punto che qui ci interessa.

(2) Basti ricordare Mattirolo, *Op. cit.*, Vol. V, n. 256, pag. 193-194, nota 3 Mortara, *Op. cit.*, Vol. V, n. 1-3, pag. 2-6, Cesareo-Consolo, *Trattato della espropriazione contro il debitore*, 3ª ediz. Vol. I (Torino, Unione 1911), n. 6-8, pag. 24-26, Di Palo, *Teoria del titolo esecutivo*, vol. I (Napoli, Detken 1901), pag. 89-90, Pascucci, *L'esecuz. forzata nelle obbligazioni di fare o di non fare* in *La Legge*, XLIX (1909) col. 391-403 e autori ivi citati.

(3) Il quesito, bensì limitatamente alle obbligazioni di *fare*, era stato sottoposto dal Ministro di Grazia e Giustizia alla Commissione, la quale unanime rispose nel senso sovra indicato nella seduta del 2 maggio 1865 (Verbale n. 10, in Gianzana, *Codice di proc. civ.*, IV, Torino, Unione 1889, pag. 62-63).

tenza in forma esecutiva al debitore? Gli si ha pure da intimare precetto a fare egli (o distruggere) entro un certo termine, dopo il quale soltanto il creditore possa valersi dell'ottenuta autorizzazione? E quale ha da essere questo termine? Ammesso pure che la possibile varietà delle circostanze consigliasse non un termine sempre uguale, ma vario da caso a caso, non conveniva fare esplicita ingiunzione al giudice di determinarlo nella sentenza che autorizza il creditore alla esecuzione diretta? E quando finalmente, per la persistente riluttanza del debitore, il creditore debba attuare la conseguita autorizzazione, ne dovrà dare previo avviso al debitore perchè assista, se crede, all'esecuzione dell'opera o della demolizione? Potrà invocare la forza pubblica se a quel momento il debitore ne attraversi l'opera? Per le spese dovrà ordinarsi una provvisionale, salva poi la definitiva liquidazione ad opera compiuta? (1) Certo si è che, non potendo tutte queste difficoltà risolverle il creditore di proprio arbitrio e a capriccio, sarà consigliabile ne faccia obbietto di formali domande al giudice, nell'atto in cui gli chiede l'autorizzazione e il giudice deciderà caso per caso (2).

125bis. Quanto si è svolto nel numero che precede è inapplicabile a quelle obbligazioni di *fare* nelle quali l'opera personale del debitore è assolutamente insurrogabile (fatti o servigi non fungibili). Vi sono parimenti delle obbligazioni di *non fare* la cui violazione non lascia traccia permanente in un'opera che possa essere cancellata o distrutta, e tuttavia svolgendosi non in un unico e breve istante, ma in un apprezzabile lasso di tempo, ammetterebbe sì possibilità di essere arrestata su domanda dell' interessato, ma ponendo mano con la forza sulla persona del contravventore. Ed anche allora reputo che l'adempimento in forma specifica non sia consegui-

---

(1) Su tutti questi punti fa proposte *de lege ferenda* il PASCUCCI, *loc. cit.*, § 24, col. 402-403.

(2) A questa conclusione giunge infine anche il MORTARA dopo di aver ammesso potersi argomentare per analogia, ma dentro limiti abbastanza ristretti [formula in verità troppo vaga] dalle norme stabilite nel secondo libro del Codice di procedura civile (*Op.* e *Vol. cit.*, n. 3, pag. 6).

bile. Tale il caso di quell'artista teatrale che si fosse vincolato a non recitare in una data sera e mancasse poi all'impegno. Giustamente si censura dal LAURENT e da altri molti (1) quella decisione del Tribunale della Senna che giudicò lecito in un caso simile il ricorso alla forza pubblica per fare allontanare dalla scena l'artista. Nè mi persuade quanto a difesa invece di siffatta decisione scrisse fra noi il PASCUCCI, a cui non par ragionevole «tanto feticismo per l'inviolabilità della persona di quel riottoso che lede violentemente i diritti altrui.... Non si dica, continua egli, che non si devono ammettere violenze sulla persona. Ma se il primo a far violenza è l'artista trasgressore dell'obbligo assunto!». E soggiunge: «Non si ricorre forse alla mano militare allorchè il debitore tenta d'impedire il pignoramento dei suoi mobili? E non avviene altrettanto nelle obbligazioni di *fare* qualora il creditore autorizzato ad eseguire le opere incontri degli ostacoli per parte del debitore? (2)». Rispondo (prendendo le mosse da queste ultime parole) che le situazioni poste in un fascio dal PASCUCCI sono sostanzialmente diverse. Quando il debitore tenta d'impedire il pignoramento dei suoi mobili o le opere che il creditore fu autorizzato ad eseguire, egli è da porsi alla stregua di un terzo qualsiasi che intralci il corso della giustizia esecutiva, corso per il quale non c'è bisogno affatto di por mano sulla sua persona, mentre egli non ha che il generico dover negativo di lasciar fare all'autorità la sua strada senza ingerirvisi (v. *supra* n. 16quater, pag. 88). Nell'ipotesi che ci riguarda invece l'organo dello Stato che agisce esecutivamente avrebbe bisogno di por mano sulla persona del debitore per attuare l'esecuzione in forma specifica; è tale esecuzione, in altre parole, e non il fine di rimuovere un inciampo al suo libero corso, che si sostanzierebbe in un arresto o sequestro di persona, cosa esorbitante, contraria allo spirito della nostra

---

(1) LAURENT, *Op. cit.* XVI, n. 198, pag. 258 e gli autori ivi citati.

(2) PASCUCCI, *loc. cit.*, § 11, col. 396-397. Veggasi pure BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.*, T. I, n. 433, pag. 473 (3e edit.).

legislazione. Nè si può dire, come fa il citato Autore, che così si oppone violenza a violenza, mentre violenza non può qualificarsi il persistere a non adempiere un'obbligazione ad onta dell'intimazione di adempierla fatta dall'ufficiale giudiziario. Men che mai seguiremo il chiaro procedurista quando giunge sino a ritenere che quell'artista, nell'esempio recato, cadrebbe addirittura sotto il disposto dell'art, 434 del Codice penale (1), mentr'egli non è, pur di fronte all'intervento dell'ufficiale giudiziario, altro che una persona che persiste a non pagare un suo debito civile.

Detto tutto questo, non possiamo non avvertire, con riguardo particolarmente ad obbligazioni di *fare* (opere infungibili) come alcuni legislatori stranieri abbiano escogitato mezzi varî di esecuzione destinati a servire di stimolo al debitore perchè egli adempia una buona volta il dover suo. E se codesto fine per tale via si raggiunga, diremo realizzato *in executivis* il massimo dei risultati: cioè proprio là dove l'opera del debitore è insurrogabile finire con l'ottenerla da lui direttamente. Nel *Diritto inglese* soccorre qui (2) un principio generale racchiuso nel cosidetto *contempt of Court*: non è ammesso si possa impunemente disobbedire a comandi o provvedimenti dell'autorità giudiziaria: è codesto un reato di disprezzo od oltraggio alla dignità del giudice. E lo si ha anche allora che si persevera volontariamente nella inesecuzione di contratti, riconosciuti oramai da sentenza. La parte vittoriosa pertanto

---

(1) PASCUCCI, *loc. cit.*, § 11, col. 397.

(2) Cfr. particolarmente M. SARFATTI, *Il processo civile inglese*, in *Giurispr. ital.* (BETTINI), LXVI (1914) p. IV (col. 129-166), col. 164-166. Dello stesso Autore si consulterà utilmente in tutta questa materia che qui stiamo svolgendo la memoria *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di « fare » o di « non fare »*, nel vol. I degli *Scritti giuridici dedicati ed offerti a G. P. Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento* (Torino, Bocca 1915), pag. 481-528, alla cui molto ricca bibliografia rinvio senz'altro. Della inapplicabilità dell'art. 434 Cod. pen. invocato dal PASCUCCI, nella nostra materia speciale, e da altri a guarentigia di altri casi di esecuzione di provvedimenti giudiziari, egli si occupa a pag. 511-514, invocando altresì l'autorità di eminenti scrittori, specie penalisti.

che invano ha notificata la sentenza in forma esecutiva al soccombente con intimazione di eseguirla entro un certo termine, torna alla stessa autorità giudiziaria denunziando l'inadempiente come colpevole di *contempt*, il che lo rende passibile di multa o di arresto. Questa coazione indiretta ad adempiere prestazioni altrimenti insurrogabili, la si ha del pari in *Germania* e in *Austria*, pur non essendovi configurata come pena per disprezzo od oltraggio all'autorità del giudice. Sono naturalmente stabiliti dei limiti massimi sia per la durata dell'arresto, sia per l'ammontare delle multe, precedono comminatorie che si ottengono dall'autorità giudiziaria con apposita sentenza dato che non fossero già contenute nella sentenza che riconobbe il debito. Trattandosi di obbligazioni di non fare, naturalmente continuative, può il giudice, su domanda del creditore, condannare il debitore a prestare cauzione per un certo tempo onde guarentire il danno eventualmente derivante da future possibili recidive (1). In Francia la giurispru-

(1) Alle obbligazioni di fare (servigi infungibili) si riferisce nella *Civilprozessordnung* germanica il § 888 così concepito: Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht erster Instanz zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei ». E a quelle di *non fare* il § 890, che suona: « Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurtheilen. Das Mass der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen. Der Verurteilung muss eine Strafandrohung vorausgehen . . . Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden ». A commento dei quali articoli confrontati insieme si fa osservare il carattere puramente comminatorio, diretto cioè a piegare all'azione la volontà riluttante, nel primo caso, mentre nel secondo si ha una vera pena per una contravvenzione oramai irretrattabile, nella quale pena si ha soltanto insito quel tanto di prevenzione contro future recidive che è proprio di ogni sanzione del Diritto criminale. Cfr. GAUPP-STEIN, *Die Civilprozessordnung f. d. D. R.*, II Bd. (Tübingen, Mohr 1908), sul § 890, pag. 742-743. Analoghi sono i §§ 354, 355 della più volte ricordata *Exekutionsordnung austriaca*.

denza, non di rado innovatrice, ha colmata la supposta lacuna della legge in argomento col sistema delle cosidette *astreintes*, condanne del debitore a un tanto per ogni giorno o mese (od altra unità di tempo) di ritardo ulteriore nell'adempimento dell'obbligazione, con effetto comminatorio attesa la entità delle somme all'uopo fissate, più elevate del danno reale che ne patirebbe il creditore. Ho detto che la giurisprudenza ha creduto di colmare con ciò una *supposta* lacuna della legge, perchè se dobbiamo seguire l'ESMEIN il fondamento al sistema delle *astreintes* lo fornirebbe testualmente un articolo del Codice francese di procedura civile, quale risultò lumeggiato dai precedenti storici e dai lavori preparatorî (1). È l'articolo 1036, per cui «les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, *prononcer, même d'office, des injonctions*, supprimer des écrits etc.». Checchè sia di ciò (2), egli è certo che presso di noi simile appoggio legale al predetto sistema è venuto meno, dacchè l'art. 63 del nostro Codice di procedura civile, lungi dall'usare quella formula generica, si limita a parlare di scritture oltraggiose o contrarie al buon costume o all'ordine pubblico come delle sole cose relativamente alle quali sia dato al giudice simile potere discrezionale (3). E tuttavia non mancano anche nella nostra giurisprudenza sentenze simili, meritevoli di censura come quelle per le quali il giudice si arroga un potere punitivo o un mezzo indiretto di coazione, se meglio piace di così chiamarlo, non affidatogli da alcuna legge (4). Badisi bene, per

---

(1) ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Revue trimestr. de Droit civil*, T. II (1903) (pag. 5-53), (pag. 50-52.

(2) La tesi dell'ESMEIN è presa in esame e combattuta in BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.*, T. I, n. 479 *bis*, pag. 507-509, accusati perciò di retrivi dal SARFATTI, cit. monografia *Per una maggiore tutela* ecc., pag. 506. È del resto di gran lunga prevalente nella dottrina francese la condanna del sistema delle *astreintes*, come risulta dalle citazioni che i predetti BAUDRY e BARDE fanno al n. 479, pag. 507, nota 1.

(3) M. SARFATTI, *loc. cit.*, pag. 507.

(4) Cfr. sent. 12 Gennaio 1895 della Corte di Cass. di Napoli (causa Marzano-Di Franco) in *Dritto e Giurisprudenza*, X, pag. 366, sent. 23 Marzo 1904

non cadere in equivoci. Io non escludo che la sentenza possa aggiudicare oltre ai danni già sofferti anche quelli futuri maturantisi di giorno in giorno finchè la mora continui, dato che il giudice abbia sin d'ora gli elementi per valutarli con quei criterî di misurazione dei danni e interessi che esporremo nel § successivo. Nè c'è punto bisogno per giustificarlo di ricorrere, come fa il FERRARA (LUIGI), ad un parallelo con la clausola penale (1), ch'è preventiva valutazione dei danni concordata fra le parti, e della quale si dirà a suo luogo. Ravvicinamento codesto inutile, anzi pericoloso dacchè qui non ci ha da essere affatto quella ampia facoltà di valutazione dei futuri danni (eccedente d'ordinario il reale loro ammontare), che troviamo nella clausola penale, liberamente consentita dalle parti, acciò funzioni pure quale sprone per il debitore all'adempimento esatto dell'obbligazione. Altro è infatti ciò che possono le parti di mutuo accordo, altro ciò che può ordinare loro il giudice. E la tesi nostra è appunto che non un centesimo di più dei futuri reali danni, se fin d'ora valutabili, possa la sentenza imporre a scopo comminatorio o d'indiretta coazione che dir si voglia. Questo allo stato della legislazione fra noi vigente. Il che non significa che non si possano far voti per una prudente riforma, che appunto gli odierni sforzi della pratica giudiziaria dimostrerebbero conforme a bisogni realmente sentiti. Di fronte alla pervicacia di un debitore che potrebbe adempiere un'obbligazione di fare o non fare e nol vuole, non va che si abbia a restare disarmati, mentre un sistema di multe entro certi confini (non mai di arresto personale dal quale io rifuggo) potrebbe, sull'esempio di legislazioni straniere, tornare all'uopo efficacissimo.

125 ter. Un altro punto che *le leggi processuali germanica ed*

---

della Corte d'App. di Catania (causa Alonzo-Greco) in *Giur. cat.* 1904, 73; sent. 20 Maggio 1911 della Corte d'App. di Firenze (causa Guicciardini-Moreno), in *Foro it.*, XXXVI (1911), p. I, col. 1527-1531.

(1) L. FERRARA, *La pubblicazione extraprocessuale della sentenza come risarcimento di danni*, in *Studi e questioni di Dir. processuale civile* (Napoli, Jovene 1908) (pag. 313-372), n. 5, pag. 341-342.

austriaca hanno provvidamente risoluto con l'intento di assicurare il più possibile l'adempimento in forma specifica, mentre da noi, pel silenzio della patria legislazione, dà luogo a viva disputa, concerne le obbligazioni assunte di emettere una data dichiarazione di volontà. Tale sarebbe il caso, già altrove accennato (v. s. n. 35 pag. 189-190) della promessa bilaterale di vendita (reco questo esempio come il più comune in pratica, sicchè ad esso particolarmente si riferiscono le soluzioni fra noi disparate sia in dottrina che in giurisprudenza). Eliminata l'identificazione di simile contratto preliminare alla vera e propria compra-vendita, si domanda se, non osservando una delle parti la promessa *de ineunda emtione*, non resti che un'azione di danni in suo confronto per mancata e non altrimenti surrogabile prestazione di consenso (*obligatio faciendi*) o se invece la sentenza del giudice che quell'obbligazione riconosce sostituisca, passata che sia in giudicato, il consenso della parte ribelle e tenga luogo pertanto dell'atto formale di compravendita che si era promesso di stipulare. È quest'ultima la disposizione accolta dalle citate *Civilprozessordnung tedesca* (§ 894) ed *Exekutionsordnung austriaca* (§ 367) (1). L'economia del presente *Corso* mi impone di rimettere ancora una volta lo svolgimento della importante questione, la quale va precisamente riservata al momento in cui si dirà ampiamente dei contratti preliminari e dei loro effetti. Quello che posso esprimere sin d'ora è il voto che una norma legislativa venga anche da noi a troncare la controversia, nè credo di pregiudicare la soluzione che *de iure condito* stimo oggidì preferibile, manifestando la mia simpatia per la norma concordemente adottata dalle

(1) § 894 della *Civilprozessordnung f. d. D. R.*: « Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat ». E subito dopo per l'ipotesi che la promessa dichiarazione di volontà si fosse fatta dipendere da una controprestazione, il § soggiunge: « Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist ». E il § 367 della *Exekutionsordnung austriaca* è perfettamente modellato su quello germanico testè riferito.

predette due legislazioni, come quella che, a parte ogni sottile disquisizione teoretica, meglio soddisfa certamente alle esigenze pratiche e al comune modo di raffigurarsi la funzione giudiziaria quando la si invoca per conseguire l'osservanza dei civili negozi.

125 quater. Allora quando la prestazione non può conseguirsi in forma specifica (è perita la cosa singola dovuta o trattasi di servigi infungibili o di prestazioni che oramai sarebbero inutili trascorso il momento per cui eransi pattuite (*Fixgeschäfte*) e simili) essa si converte nell'equivalente, ragguagliato sopra una misura più o meno estesa a seconda dei casi. Ora (1) questo equivalente, questo surrogato della prestazione dovuta non può consistere che in danaro, la sola materia (userò il linguaggio delle fonti (2)) avente una *publica ac perpetua aestimatio* che le permette di fungere da misuratrice di tutti quanti i valori. Non credo infatti degna di seguito la teoria sostenuta segnatamente dal DEMOLOMBE (3), secondo cui il creditore può pretendere che il debitore, postosi nell'impossibilità di prestare la cosa dovuta, sia condannato a pagargli altra cosa simile, anzichè il valore, inquanto questa sostituzione sia equamente possibile. È solo l'impossibilità della prestazione della cosa promessa, dice il DEMOLOMBE, che giustifica se ne dia il valore. Orbene, queste parole con le quali l'illustre Autore difende il suo assunto, mi sembra ne racchiudano la condanna. Non è infatti la impossibilità di una prestazione in genere, ma bensì di quella determinata prestazione, in altre parole della prestazione di quella precisa *res debita* che fa luogo alla trasformazione di essa nel suo valore, e questo dal danaro soltanto può essere rappresentato e non da altra cosa, per

---

(1) Utilizzo in questa parte quanto ebbi già occasione di esporre nella citata mia *Dazione in pagamento* ai n. 39, pag. 105-106 e 55, pag. 129 e segg., ove ho combattuto pure il KNIEP (*Die Mora des Schuldners etc.*), sostenitore di una tesi anche più azzardata di quella del DEMOLOMBE.

(2) l. 1 pr. D. de contrah. emt. etc. 18, 1 di PAOLO.

(3) DEMOLOMBE, cit. *Cours de Code Napoléon*, T. XIX (*Traité des donat, entre-vifs et des testaments*, T. II), n. 234, 235, pag. 204-206.

quanto pure simile o congenere. Nè vale invocare per analogia, come fa il DEMOLOMBE, il disposto degli Art. 1143, 1144 del *Codice francese* (Art. 1222, 1220 del nostro). Per essi, già lo si è visto, quando il debitore manca alla sua obbligazione di fare o di non fare, il diritto del creditore non si traduce senz'altro nel risarcimento pecuniario, ma egli può chiedere l'esecuzione dell'obbligazione in forma specifica; trattandosi di obbligazione di fare può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore: trattandosi di obbligazione di non fare può ottenere che si distrugga a spese del debitore quanto fu operato in contravvenzione ad essa. Io non so davvero come si possano invocare queste norme nella questione che stiamo trattando. Per esse infatti non è che si adempia l'obbligazione prestando un oggetto *simile* a quello dovuto, ma è invece l'*identico* oggetto, quella determinata opera od omissione, che si può ancora ottenere e si ottiene, bensì in forma indiretta anzichè direttamente dal debitore. E poi ad ogni modo non si potrebbe argomentare dalle obbligazioni di fare o di non fare alle altre, per le quali, in mancanza di espresso speciale disposto, varrà senz'altro il principio generale sancito all'Art. 1218, che cioè « chi ha contratta un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente ed in mancanza al risarcimento dei danni ». Come poi non può essere fatto obbligo al debitore inadempiente di dare, anzichè il risarcimento pecuniario, cosa simile a quella promessa, così non ne avrebbe egli la facoltà. Trattisi, ad esempio, dell'azione redibitoria nella vendita di una determinata cosa affetta da vizi o difetti occulti. Il venditore non potrebbe pretendere di dare al compratore un oggetto scevro da vizi dello stesso genere di quello venduto, anzichè restituirgli il prezzo ed eventualmente risarcirgli i danni giusta le norme degli art. 1501, 1502. E va lodato il *Codice sassone*, che espressamente formulò siffatti principî (1),

(1) Precisamente in ordine alla redibitoria per vizi ed alla garantia per evizione, al § 952, così concepito: « Der Veräusser kann sich von seiner Haftbarkeit wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache durch Nachlieferung einer fehlerfreien

in tutto rispondenti alle condizioni odierne della pubblica e privata economia. Bene osserva infatti e storicamente comprova il MATAIA (1) che la riparazione, per così dire, in natura, cioè col dare un bene di simil genere pur dopo introdotta la moneta, risponde ad un periodo di economia sociale e di legislazione antiquato, di scarso sviluppo commerciale, quando la valutazione in danaro urtava contro certe difficoltà per la frequente mancanza di prezzi di mercato, mentre la nostra sviluppata economia di scambî, il costante commercio fra le singole economie private, l'estensione del mercato, il numero delle transazioni offrono in oggi di regola la possibilità di tramutare i beni in danaro come anche di procurarsi mediante il possesso del danaro quei beni che piacciono, donde la facilità ed opportunità di prestare il risarcimento in danaro. Forma di risarcimento preferibile all'altra perchè solo di rado avverrà che una cosa per quanto simile possa pel creditore sostituire quella che gli era dovuta, una casa p. es. sostituirne un'altra, mentre basta la diversità dell'ubicazione a non renderla più completamente adatta ai suoi bisogni.

Accertato il principio, ricorderò ancora com'esso non soffra in Diritto moderno quell'eccezione in tema di locazion di cose ch'era ammessa dal Diritto romano, nel quale, giusta la l. 9 pr. D. loc. cond. 19. 2 di ULPIANO, se la locazione vien meno perchè il locatore soffre l'evizione della casa (o del fondo) locata che in buona fede credeva propria, egli aveva facoltà di liberarsi dalla responsabilità verso il conduttore dandogli una casa diversa da quella propriamente locatagli, purchè fosse *non minus commoda*.

Senonchè anche quando è possibile ottenere *manu militari* o altrimenti l'esecuzione dell'obbligazione in forma specifica, resta luogo in aggiunta ad un risarcimento in danaro quando

---

Sache und von den Ansprüchen wegen Entwährung durch Wiederverschaffung der entwährten Sache nicht befreien ».

(1) MATAIA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (Leipzig, Dunker-Humblot, 1888) IX Kap., pag. 156 e segg.

la prestazione così conseguita a malgrado del debitore non basti a compensare il creditore di tutti i danni sofferti (1). Eccoci dunque per doppia via condotti a svolgere la teorica dei danni-interessi.

§ 2.

Concetto del danno ed estensione del risarcimento.

SOMMARIO: 126. Si precisa il concetto del danno; sua distinzione in danno emergente e lucro cessante. Cenno sul danno morale. — 127. L'esistenza, l'ammontare del danno e il nesso causale fra l'inadempimento dell'obbligazione e il danno. — 128. Estensione dei danni da risarcire e differenza in proposito fra inadempimento doloso e inadempimento colposo. — 128 *bis*. Se il criterio restrittivo del risarcimento contenuto nell'art. 1228 valga solo per la specie od anche per la quantità dei danni. Di altre cause per cui non può menomarsi l'entità del risarcimento. — 129. Di un caso in cui il risarcimento comprende anche danni indiretti. Se ciò possa ottenersi altresì mediante il concorso dell'azione aquiliana: rinvio. — 130. Transizione alla materia della liquidazione dei danni.

126. Che cosa s'intende propriamente per *danno* derivante dall'inadempimento dell'obbligazione? Danno, c'insegnano le fonti, è l'effettiva diminuzione di patrimonio (2), consiste dunque nella differenza fra il valore attuale del patrimonio del creditore e quello ch'esso presenterebbe invece se l'obbligazione fosse esattamente adempiuta (*id quod interest,* sottinteso *creditoris obligationem adimpleri*) (3). E però si intende com'esso comprenda non solo la diminuzione di una parte già esistente del patrimonio (*damnum* in senso stretto, o danno positivo, od altrimenti *damnum emergens*, ma anche il mancare di un aumento del patrimonio stesso, che dall'esatto adempimento

(1) GIORGI, *Op. cit.,* vol. II, n. 106, pag. 162-163 (7ª ediz.).

(2) l. 3 D. de damno inf. etc. 39, 2 di PAOLO: «Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt».

(3) PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituz.*, vol. IV, n. 102, pag. 428. È del resto concetto generalmente accolto. Cfr., tenendo calcolo della maggiore generalità della sua definizione perchè attinente al danno in genere, cioè anche a quello derivante da colpa extracontrattuale, F. MOMMSEN, cit. *Beiträge*, II, *Zur Lehre von d. Interesse* (Braunschweig, Schwetschke 1855), § 1, pag. 4, MATAIA, *Op. cit.*, Kap. IX, pag. 155 e autori ivi ricordati.

dell'obbligazione sarebbe conseguito, in altre parole il guadagno di cui si è stati privati (detto danno negativo o *lucrum cessans*) (1). Benissimo troviamo espresso il concetto dell'*id quod interest*, comprendente il doppio danno, positivo e negativo, dal giureconsulto PAOLO nella l. 13 D. ratam rem haberi et de ratihabit. 46, 8: «quantum mea interfuit, idest quantum mihi abest, quantumque lucrari potui». E vi si uniforma l'art. 1227 col dire: «I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso stabilite». Dovendosi, come abbiam detto, ristabilire il *patrimonio del creditore* in quello stato che presenterebbe attualmente se l'obbligazione fosse stata eseguita, se gli fosse stata p. es. consegnata la cosa dovuta, si dovrà aver riguardo al valore che per quel tal patrimonio presentava la cosa, valore eventualmente superiore a quello che presenterebbe in relazione al patrimonio di altra persona (2) e diverso poi dal cosidetto valore o prezzo di affezione, che si rapporta non al patrimonio ma a condizioni affatto personali del creditore (3).

Ad evitare possibili equivoci nel raffronto delle disposizioni nostre con quelle del *Codice austriaco*, è bene avvertire che per quest'ultimo l'espressione danno (e il conseguente risarcimento) non sempre abbraccia entrambi i predetti elementi. Adottando una terminologia speciale, il § 1323 di detto Codice dichiara: «Se il risarcimento risguarda soltanto il danno dato si chiama propriamente indennizzazione (*Schadloshaltung*); se si estende anche al lucro cessante e alla riparazione della recata offesa (meglio sarebbe reso il tedesco «*die*

---

(1) Cfr. ARNDTS-SERAFINI, cit. *Pand.*, II, § 206, pag. 23.

(2) Cfr. F. MOMMSEN, cit. *Beiträge*, II, § 3, pag. 16. Veggasi pure CHIRONI, *Op. cit.*, n. 258, pag. 583.

(3) Cfr. gli autori citati nella nota precedente. Tuttavia per la valutabilità in massima anche di questo elemento stanno osservazioni tutt'altro che trascurabili in MATAIA, *Op. cit.*, IX Kap., pag. 177-180, comb. col Kap. VIII, pag. 150 e segg. V. pure in favore della tesi che si debba tener calcolo anche del valore d'affezione, CHAUSSE, *De l'intérêt d'affection,* in *Revue crit. de legisl. et de jurisprud.* 1895 N. S. XXIV, pag. 436-439 contro del quale BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.*, I, n. 481, pag. 510-515 (3e edit.).

Tilgung der verursachten Beleidigung » con « la *cancellazione* della recata offesa), dicesi pieno soddisfacimento (*volle Genugthuung*). E il § successivo, 1324, applica subito la differenza accordando il pieno soddisfacimento se il danno fu recato con dolo o colpa grave e la sola indennizzazione negli altri casi, distinzione ben diversa da quella che, come vedremo, si fa pure da noi secondo che l'inadempimento dell'obbligazione fu doloso o colposo.

Un cenno conviene pure che qui si faccia del cosidetto danno morale. Vero che se ne parla, vivamente disputandosi se lo si debba rifondere, con particolare riguardo al danno aquiliano, ma troppo recisa era l'affermazione del GABBA già nella 1ª edizione delle sue *Quistioni di Diritto civile* (1) che in ordine alla colpa contrattuale nessuno lo sostenesse (2). E da allora il numero dei fautori di siffatto risarcimento è venuto crescendo (3) e nella stessa giurisprudenza patria non mancano sentenze che aggiudicano riparazione per danni morali pur in materia contrattuale. Ripensiamo per un momento a quei tanti casi in cui si disputa se si tratti dell'una o dell'altra specie di colpa, come per es. ad infortunî ferroviari ed infortunî del lavoro (v. s., n. 116 pag. 494-497) e chiara emergerà la estensibilità della questione anche al campo di cui stiamo ora occupandoci (4).

---

(1) GABBA, *Quistioni di Dir. civ.*, Vol. II (Torino, Bocca 1898) nella memoria *Risarcibilità dei danni morali* (pag. 225-263), pag. 246.

(2) Già stava per la risarcibilità di danni morali pur trattandosi di colpa contrattuale sino dal 1895 il CHAUSSE nella memoria che ho ricordata nella penultima nota.

(3) Cfr. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, 2ª ediz. (Milano, Soc. ed. libr. 1909), pag. 204-207, BRUGI, cit. *Istit. di Dir. civ.* § 70, pag. 625, nota 35.

(4) Qualificarono *contrattuale* la responsabilità delle Ferrovie e al tempo stesso aggiudicarono anche i *danni morali*, la Cassazione di Torino con sent. 11 luglio 1913 (causa Ferrovie dello Stato c. Curli) in *Moint. dei Trib.* LV (1914) pag. 910 e la Corte d'app. di Modena con sent. 20 Dicembre 1913 (causa Ferr. dello Stato c. Mazzucchi) *ibid.*, pag. 871-873.

Parimenti, per recare altro esempio, qualificata *contrattuale* dal Tribunale di Milano (sent. 12 giugno 1909 causa Ravagnati-Stabilim. Sanitario Rossi, in *Filangieri*, XXXIV (1909) pag. 872-875) la colpa del proprietario di una casa di salute per il suicidio di un maniaco causa mancata vigilanza, ne dedusse l'obbligo

Precisiamo di che si tratta quando di siffatti danni si parla. Non certamente di quei danni che, pur avendo loro radice in una lesione della personalità morale, se così può dirsi, si ripercuotono sulla pubblica estimazione, sul credito dell'offeso, sulla sua salute, sulla sua possibilità di lavorare o di proseguire una data carriera, cose tutte che hanno un valore economico, certamente difficile, ma non impossibile a determinarsi con sufficiente precisione. Si allude invece a puri patemi d'animo o dolori morali, che nè direttamente nè indirettamente menomano il patrimonio e che giustificano il titolo di *prezzo del dolore* (*pecunia doloris*, *Schmerzensgeld*) dato qui al preteso risarcimento. Onde mi paiono ben consigliati quegli autori che, a scanso di equivoci, pongono il quesito così: se siano o no da rifondere *danni non patrimoniali*, questa espressione sostituendo a quella generalmente adottata di danni morali (1).

Ora per ben chiarire la questione e risolverla al lume dei principî, conviene rifarsi a quella triplice funzione che può avere la condanna pecuniaria pronunziata dal giudice nelle azioni civili e che fu posta così bene in rilievo dal JHERING: funzione di *equivalenza*, di *penalità* e di *soddisfazione* (o riparazione). Alla prima soltanto, che mira a rimettere il patrimonio della persona, lesa comunque in un suo diritto, in quello stato in cui sarebbe se la lesione non fosse avvenuta, compete la caratteristica di risarcimento: la seconda, di cui ci dà esempio anche il nostro Codice civile in multe comminate pur di fronte a fatti non costituenti reato (es. art. 1934),

---

di compenso alla famiglia anche per danni morali. Viceversa la Corte d'Appello di Venezia persistè nella distinzione fra colpa contrattuale ed extracontrattuale, in questa sola ammettendo rifusione di danni morali perchè l'Art. 1151 parla di danni in genere. Ciò nel caso di ingiusto licenziamento di un impiegato (sent. 3 agosto 1905 causa Banca catt. di Udine c. Pellegrini, in *Il Filangieri*, XXX (1905), pag. 852-854. È spingere per verità tropp'oltre il divario fra le due specie di colpa, mentre il concetto generico di danno dell'Art. 1151 va precisato e lumeggiato con la norma dell'Art. 1227.

(1) Così p. es., col GABBA, il citato MINOZZI, donde il titolo stesso da lui dato alla sua monografia.

nulla ha a che fare col risarcimento di danni, tanto che, com'è proprio oggidì di tutte le pene pecuniarie, non va a profitto della persona lesa; ma anche la terza ed ultima funzione satisfatoria astrae dal danno e mira soltanto a servire di contrappeso (passi l'espressione dantesca) in favore della persona lesa, procurandogli col danaro il mezzo di soddisfazioni forse d'indole spirituale elevatissima, che bilancino in certo modo il dolore sofferto, senza che tuttavia possa qualificarsi pena, non foss'altro perchè non si versa nelle casse dello Stato, ma alla persona lesa. Ora è indubitato che il legislatore può, ove lo creda, cumulare tutte e tre quelle funzioni, ovvero accoppiare alla funzione di equivalenza quella satisfatoria o di riparazione, ma ciascuna serba non pertanto la propria natura caratteristica; e come sarebbe arbitrario, dove il legislatore parlò di solo risarcimento di danni, aggiungere una condanna pecuniaria con funzione penale, così lo sarebbe l'aggiungerne una con funzione satisfatoria. Anzi l'indipendenza delle posizioni descritte è tale, che può talora il legislatore trovar conveniente di comminare la riparazione pur mancando materia a risarcimento di danno, perchè nessun danno nel senso vero e proprio di diminuzione patrimoniale ci sia. Quello che non può mancare è il risarcimento dove danno patrimoniale sia occorso: sarebbe tirannica quella legge che non lo accordasse fino all'ultimo centesimo entro il campo dei danni refettibili, cioè con i criterî da illustrare in seguito, ed anche per un solo centesimo, se a tanto e non più ascenda il danno. Ma altra è la cosa pel danno morale. Non c'è lesione che non lo provochi: un dolore morale ad es. lo prova pur sempre il creditore deluso nella fiducia di essere pagato a scadenza: pure sarebbe risibile il pensare che ne debba esser rifuso. È dunque aperto qui il campo al giudizio del legislatore, ma del legislatore soltanto, circa i casi in cui realmente ricorra un simile danno meritevole per l'entità sua e per le circostanze di una riparazione. Orbene, quando da queste premesse dottrinali scendiamo alla patria legislazione, dobbiamo convenire ch'essa vi si è uniformata nel modo più corretto. La descrizione del *danno* contenuta nel citato art.

1227 mostra a chiare note che la parola va presa nel senso giuridico stretto, che si rapporta al patrimonio, non in quello generico e volgare per cui è sinonimo di un nocumento qualsiasi. Ciò non pertanto vi hanno casi in cui, o insieme col vero risarcimento, o sola perchè danno in senso tecnico non ci sia, si ammette condanna pecuniaria a titolo di riparazione. E sono contemplati dall'Art. 38 del Codice penale e dall'Art. 7 del nuovo Codice di procedura penale del 27 febbraio 1913. Dice il primo: « *Oltre* alle restituzioni e *al risarcimento dei danni,* il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ***ancorchè non abbia cagionato danno,*** può assegnare alla parte offesa che ne faccia domanda una somma determinata a titolo di riparazione ». E il secondo, allargando notevolmente il campo di applicazione di codesto istituto di origine germanica (*Busse*), dispone: « I delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, la inviolabilità del domicilio o dei segreti, ***anche se non abbiano cagionato danno,*** possono produrre azione civile per riparazione pecuniaria ». Le parole dei due articoli che ho sottolineate accentuano che questa riparazione all'offeso non ha a che far nulla con l'*eventuale* risarcimento di danni ed è poi troppo evidente il carattere tassativo dei casi ivi indicati. Di talchè per doppia ragione erra chi argomenta dai detti articoli per la soluzione affermativa della nostra questione in tutti i casi di dolore morale. Tale il nostro Diritto positivo, di fronte al quale si spuntano le accuse di concezione troppo materialistica del danno e della sua rifusione che si palleggiano a vicenda i sostenitori delle due opposte soluzioni, indignati gli uni per ciò che si vogliano ridurre a contanti sentimenti inestimabili, gli altri per ciò che solo di attacchi diretti o indiretti al patrimonio si tenga conto negando ristoro a lesioni di beni d'ordine superiore (1). Senza contare poi che raro sarà il caso di considere-

(1) Conf. VENZI, cit. note alle *Istit. del* PACIFICI-MAZZONI, Vol. IV, pag. 360. Mi astengo da altre indicazioni bibliografiche, per le quali rinvio ai citati lavori del MINOZZI e del GABBA, che possono considerarsi gli antesignani delle due opposte teoriche. Solo fo eccezione per la recentissima quarta edizione già

voli dolori morali i quali non proiettino la loro azione sul patrimonio, non foss'altro perchè affievoliscano con la salute e la vigoria la capacità di lavoro e di acquisto; ed allora il titolo a rifusione, entro questi limiti, non mancherà, giusta le cose predette. Ma anche allora con quel *grano salis*, che (come si vedrà esser proprio di tutta la materia del presente paragrafo) deve preservare il giudice da indennizzazioni esorbitanti. Se mi è lecito qui un raffronto, dirò che, come non ogni minaccia costituisce violenza morale all'effetto di viziare il consenso di un contraente e autorizzarlo a chiedere la nullità del contratto, ma si vuole che sia di tale natura da far impressione sopra una *persona sensata* e da poterle incutere *ragionevole timore* di esporre sè o le sue sostanze ad un male notabile, così qui bisognerà misurare la portata del dolore morale in sè e nei suoi effetti non con riferimento alla sentimentalità eventualmente morbosa della persona lesa, bensì ragguagliandola al tipo normale dell'uomo medio. Ma basti di tale argomento che già ci ha occupati oltre i limiti del presente Corso e che tornerà del resto, come in sede di più normale sua discussione, là dove si dirà *ex professo* della colpa aquiliana, la quale certamente presenta più frequenti i casi in cui a molti pare dovuta, almeno per ragioni di equità, la rifusione di danni non patrimoniali.

127. Il danno dev'essere certo, non eventuale, e ciò tanto in riguardo all'emergente, quanto in riguardo al lucro cessante. Più generalmente diremo che deve *di regola* constatarsi se, quale e quanto danno si soffre come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione; giacchè se, ad onta dell'inadempimento imputabile al debitore, manca il danno, ovvero se manca il nesso causale obbiettivo per cui si possa dire che

---

altrove citata del BOLAFFIO, *Il Codice di commercio commentato*, Vol. I, parte I, n. 97, pag. 311-313, ove strenuamente è combattuta la risarcibilità in questione con riguardo ad entrambe le specie di colpa. Il GABBA tornò sull'argomento in *Nuove quest. di Dir. civ*, I (Torino, Bocca 1905), pag. 292-301 e in nota a Sent. 27 Aprile 1912 della Cass. di Roma in *Giurisprud. it.* (BETTINI) LXIV (1912) I, col. 837-844.

il danno è effetto dell'inadempimento stesso, non avrà il creditore alcun risarcimento da pretendere. Ma com'è possibile, si chiederà, che l'obbligazione rimanga inadempiuta, e tuttavia non si soffra danno, o non un danno tale che debba essere dal debitore risarcito, tuttochè egli versi in dolo od in colpa? Di assoluta mancanza di danno recherò col GIORGI (1) un esempio tratto dalla nostra giurisprudenza. La si avrebbe se il mio mandatario trascurasse di rinnovare in tempo utile un'iscrizione ipotecaria a mio favore, sicchè essa si estingue, qualora risulti che già io non sarei stato collocato in grado utile dato pure che fosse stata rinnovata l'iscrizione, pongasi perchè la mia era un'ipoteca di quarto grado e, subastato l'immobile, sul prezzo di esso riuscirono a pagarsi solo il primo ed il secondo iscritto. Per assoluta mancanza poi del nesso causale obbiettivo vedemmo in caso di mora ed in altri casi analoghi il debitore responsabile perfino del fortuito liberarsene provando che il danno sarebbe ugualmente toccato al creditore anche se l'obbligazione fosse stata debitamente e a suo tempo eseguita (v. s., n. 95, pag. 381-383 e n. 121, pag. 530 e segg.). Parimenti un bell'esempio in proposito, attinente ad inadempimento imputabile dell'obbligazione e non a semplice mora, ce lo dà la l. 10 § 1 D. de lege Rhodia de iactu 14, 2 di LABEONE: «Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces, nulla nauta necessitate coactus, in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit, et merces tuae cum ea nave perierunt in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: imo contra si modo ea navigatione utraque navis periit, quum id sine dolo et culpa nautarum factum esset». Quelle che fanno al caso nostro sono evidentemente queste ultime parole aggiunte in via di limitazione da PAOLO.

Ma abbiamo detto che *di regola* è necessaria la dimostrazione di un danno sofferto e della quantità di esso, non dunque sempre. Infatti quando si tratti di obbligazioni pecunia-

(1) GIORGI, *op. cit.*, II, n. 95, pag. 137-138 (7ª ed.).

rie la prestazione dei danni (formula concisa usata ad indicare la prestazione del risarcimento dei danni), consistente nell'interesse legale, è dovuta in caso di mora senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita (Art. 1231), e ciò per la natura della prestazione, poichè non è presumibile che, se il creditore avesse ricevuto in tempo il danaro dovutogli, lo avrebbe lasciato infruttifero. Inoltre possono le parti avere preventivamente contemplati i danni e la loro compensazione mediante una clausola penale: la penale allora è dovuta dal debitore inadempiente senza che sia lecita un'ulteriore indagine sulla reale esistenza del danno o sull'ammontare del danno stesso. Ma di entrambi questi principî, quello degli interessi moratorî sempre dovuti nelle obbligazioni pecuniarie e questo attinente alla clausola penale, si dirà più a lungo in seguito. Errato invece sarebbe il considerare come altra eccezione alla regola in esame quanto dispone per le *obbligazioni di non fare* il più volte menzionato Art. 1221 Cod. civ. Col dire che «il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni, *pel solo fatto della contravvenzione*, si intende che non occorre alcun previo monito. E, come errato sarebbe il dedurne che non sia necessario l'elemento subbiettivo della colpa, sì che della contravvenzione si risponda anche se il debitore vi incorse per forza maggiore (1), così male lo si interpreterebbe credendo significhi dovuto il risarcimento per la sola contravvenzione anche se questa per avventura non abbia apportato alcun danno. Configuro, a titolo di esempio, un caso analogo a quello recato poc'anzi trattando di obbligazione di fare insoddisfatta. Prometto a Tizio che, pur vincendo una causa che ho pendente con Caio, comune nostro debitore, non mi varrò del diritto di iscrivere ipoteca giudiziale (Art. 1970 Cod. civ.) sui beni di Caio e ciò per non nuocere a Tizio acquistando un diritto di prelazione in suo confronto. Manco ai patti: tuttavia non dovrò alcun risarci-

---

(1) Cfr. BARASSI, cit. *Sulla responsab. per inademp. delle obbl.* n. 28, pag. 98-99 dell'estratto.

mento a Tizio se risulti praticamente inutile la mia ipoteca giudiziale sui beni già coperti da ipoteche assorbenti.

128. Ora, ripigliando il concetto del nesso causale che dev'esserci fra l'inadempimento dell'obbligazione e il danno, rammento che, trattisi di dolo o di colpa, non si va mai più in là dei danni che sono una *conseguenza immediata e diretta* dell'inadempimento predetto (Art. 1229, corrispondente all'Art. 1151 del *Codice francese*). Se si dovessero risarcire anche danni remoti, provenienti dal concorso di altre concause, qualunque sia di esse la natura e l'entità, potrebbe darsi che per l'inadempimento di un'obbligazione un debitore si trovasse esposto a perdere anche tutto il suo patrimonio, ed è chiaro come pericoli simili rallenterebbero il moto dei civili e commerciali negozî. Così PAOLO nella l. 21 § 3 D. de act. emti et vend. 19, 1 fa, tra altre, la ipotesi che il venditore di una certa quantità di grano non la abbia consegnata quando doveva, sicchè gli schiavi del compratore avevano patita la fame (*familia eius fame laboraverit*): allora, dice il giureconsulto, il compratore potrà conseguire « pretium tritici, non servorum fame necatorum ». Chè qui entrano circostanze estrinseche come cause dell'ulterior danno, e circostanze tali che il creditore avrebbe potuto ripararvi provvedendosi *aliunde* dell'altro grano ed evitando così la morte dei servi. Sicchè ben può dirsi che la condotta abnorme dello stesso creditore (v. s., n. 115, pag. 485) è la causa più diretta del danno e l'inadempimento dell'obbligazione, lungi dall'essere causa necessaria del danno stesso, non funzionò che come spinta ed occasione a quella condotta abnorme (1). Nella nostra giurisprudenza trovo decisa una fattispecie perfettamente analoga. Un Comune sardo, dopo aver conceduto un bosco ad un tale, inconsultamente ne avea fatti sequestrare gli alberi: levato il sequestro, il concessionario, che del legname si serviva nei lavori di un cantiere, dichiarava che pel fatto del Comune concedente era ri-

---

(1) Confr., a parte taluna divergenza di idee, LEONE, *Nesso causale tra colpa e danno*, in *Riv. di Dir civ.*, V, (1913), (pag. 577-646), pag. 591-592.

masto privo di legname il cantiere, donde la sospensione dei lavori, la impossibilità di portare a compimento la costruzione di una nave, dissidenza fra gli azionisti, mancata corresponsione delle azioni, il fallimento ed in ultimo la perdita enorme patita nella vendita del materiale del cantiere. Ora di tutta questa sequela di danni quel tale chiedeva il risarcimento al Comune: una pallottolina di neve trasformata addirittura in valanga. Ma giustamente la Corte d'Appello di Cagliari (1) ridusse la pretesa entro i limiti di ragione dietro il riflesso che il legname mancatogli pel sequestro arbitrario degli alberi, l'attore aveva mille modi di procurarselo altrove; non potersi dunque dire immediati i danni che si deplorano per la cessazione di un'industria al cui funzionamento non siasi portata la materia grezza, se questa poteva provvedersi d'altra parte a tutte spese di chi vi mancava.

Torno per un momento al citato passo di PAOLO per osservare ch'esso è un frammento famoso, perchè ha servito di base ad una distinzione dei danni assai variamente intesa e disputata fra i romanisti e fra i vecchi scrittori di Diritto comune (2). Dicendosi in quel testo «omnis utilitas in aestimationem venit quae modo circa ipsam rem consistit», vi si fondò sopra la distinzione del *damnum circa rem* e del *damnum extra rem*, secondo alcuni per indicare con la prima espressione danno diretto, con la seconda danno indiretto, secondo altri per contrapporre il danno che riflette la cosa dedotta in obbligazione (damnum circa rem) a quello che tocca il rimanente patrimonio del creditore. Ma, lo dirò con lo SCHUPFER, «ove si pensi alle molte contese a cui cotesta divisione ha fatto luogo e alla grande confusione che ne derivò, parrà forse accettabile il consiglio del sommo VANGEROW di ignorarla» (3). E se ciò dicono i romanisti, a *fortiori* lo dovremo

(1) Sent. 1 luglio 1895 in causa Falqui-Massidda c. Comune di Bonorva (*La Legge*, 1895, II, pag. 483).

(2) Su di che veggasi tra noi CHIRONI, *cit. Colpa contratt.* n. 253, 254, pag. 568-573 (2ª ediz.).

(3) SCHUPFER, cit. *Obbligazioni*, pag. 30.

affermare noi, che troviamo definito negli Art. 1228, 1229 il sistema della legge. Essa vuole il nesso di causalità per cui il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, ma ciò non importa che si debba arrestarsi ad un *damnum circa rem*, nel senso di danno intrinseco, potrà comprendersi anche quello *extra rem*, o estrinseco, sempre che quel nesso di causalità esista. (1)

Dicemmo ben definito il sistema della legge nostra (e della francese) nel senso di escludere la pretesa distinzione fra *damnum circa* ed *extra rem*. Ma non si deve d'altra parte disconoscere che il criterio del danno diretto ed immediato come il solo da risarcirsi è nella sua pratica applicazione meno facile e meno semplice che a prima vista non sembri. La cosa è piana abbastanza allorquando, come nei due esempî che ho recati dianzi traendoli dai Digesti e dalla nostra giurisprudenza, è intervenuto un fatto (od ommissione) imputabile al creditore medesimo, che vide morire i servi di fame, o che si lasciò venire nella sua azienda l'acqua alla gola, sino alla totale rovina, per non aver sostituito, come pur poteva, altro grano, altro legname a quello dovutogli. Nè so che esistano sin qui dissensi di interpretazione, come non ce ne dovrebbero essere nel caso in cui intervenisse a un dato punto come concausa nella serie dei danni (aventi, sia pure, la loro prima origine nell'inadempimento dell'obbligazione) il fatto imputabile di una terza persona diversa dal debitore e dal creditore. In tutte queste ipotesi infatti viene da sè che nella catena dei danni si scernano quelli prodotti dal semplice inadempimento dagli altri che si possono ricondurre a questo nuovo coefficiente imputabile, e, considerando come immediati e diretti soltanto i primi, di essi soltanto si obblighi il debitore a rispondere. Ma da questo punto in poi sorge il dissidio. Fra noi un valoroso Autore, il Mosca, si è rifiutato di andare più innanzi in favor del debitore: ha preso cioè

(1) Da ultimo il Bonfante, cit. *Lezioni* su *Le obbligazioni* (del 1911-12) ha sostenuto che la stessa « infelice espressione *circa ipsam rem* non alluda se non al nesso causale: sono esclusi dal risarcimento quei danni che hanno una così remota e problematica connessione col fatto stesso che il nesso causale si smarrisce » (pag. 250). Ammoniscono le fonti « che l'entità del danno non deve essere accresciuta da calcoli fantastici, che la sua connessione con la presunta causa non deve reggersi sopra un filo tenue e artificioso ». (pag. 251).

a sostenere che immediati e diretti abbiano a ritenersi tutti i danni prodotti dal concorso di cause non imputabili nè al creditore nè a terzi, di cause fortuite dunque, qualunque ne sia la natura e per quanto ne sia lunga la serie e complicato l'intreccio (1). Il pernio della sua argomentazione consiste nel distinguere tra la causalità fisica o logica e la causalità giuridica. Riporto testualmente le sue parole: «Se *fisicamente* o *metafisicamente* — *logicamente* o *ontologicamente* — quegli elementi senza dei quali l'evento dannoso non sarebbe accaduto, hanno tutti o quasi tutti carattere di elementi causali o di concause; — *giuridicamente* invece non possono reputarsi cause se non i soli fatti illeciti. Tutti gli altri elementi (fatti altrui non illeciti, e circostanze od avvenimenti naturali), — siano pure più prossimi all'evento, costituiscano pure la vera causa fisica e materiale del medesimo — non possono essere giuridicamente che semplici condizioni od occasioni, o circostanze estrinseche, nelle quali e per le quali il fatto illecito esplica la sua forza. E la ragione di ciò è semplicissima. Altro infatti è l'ordine logico e l'ordine fisico ed altro è l'ordine giuridico. Nell'ordine logico e nell'ordine fisico voi potete chiamare cause tutte quelle forze e quelle condizioni dal cui concorso l'evento risulta, e che si trovano rispetto a questo così strettamente collegate che, tolta una sola di esse, lo stesso evento sparisce. Ma nell'ordine giuridico la cosa procede diversamente. Quivi si tratta di rintracciare soltanto le cause civilmente e penalmente responsabili di un dato evento dannoso; — e quindi da quel complesso, da quell'intreccio di circostanze, di fenomeni e di fatti, volontari o involontari, da cui esso trae origine, bisogna assolutamente scartare, come cause irrilevanti, come non valori, tutti gli elementi irresponsabili, quali sono appunto le circostanze e gli avvenimenti naturali e i fatti volontari non illeciti. Non è che questi elementi logicamente o fisicamente non siano causa o concausa dell'evento, ma è che giuridicamente, ai fini della imputabilità, non sono tali, appunto perchè inimputabili. Nel mondo giuridico occorre accertare le cause responsabili di un fatto: e quindi tutto ciò che è fuori del concetto della responsabilità è fuori di quel mondo» (2).

Qualunque sia il giudizio che di queste osservazioni, indubbiamente sagaci, voglia farsi *de lege ferenda*, a me sembra che *de lege*

(1) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 19-36.

(2) *Idem*, pag. 20-21.

lata esse urtino contro parecchi ostacoli. Intanto non è trascurabile, benchè io stesso nol riconosca definitivo, il riflesso che la interpretazione del Mosca ha contro di sè l'autorità del Pothier e dei lavori preparatorî del Codice francese, in questa parte, come si è detto, fedelmente riprodotto dal nostro. Domina e nel Pothier e nell'esposizione dei Motivi fatta dal Bigot-Préameneu al Corpo legislativo intorno all'Articolo che divenne il 1151 del Codice francese (1229 del nostro), non già il proposito di non arrestarsi nella sequela dei danni risarcibili finchè non sorga, di rincontro o meglio a rinforzo dell'inadempimento imputabile al debitore, altro fattore di danni imputabile al creditore od a terzi, bensì il concetto di moderare i danni che pure abbiano come unica loro causa *giuridica* (per dirla col Mosca) l'inadempimento del debitore. Chè anzi se qualche cosa può imputarsi e al Pothier e al Bigot-Préameneu è di aver usate espressioni tali, da lasciar credere a prima vista ch'essi accogliessero il vieto criterio del *damnum circa rem*, a questo solo limitando l'obbligo del risarcimento. Eccesso di benignità verso il debitore in colpa irrazionale, e smentito del resto dallo stesso Pothier, che finisce con l'addossargli anche danni *extra rem* se preveduti o prevedibili da lui. Ma intanto esso mostra come si ponga addirittura agli antipodi della intenzione del legislatore chi trascorre, come il Mosca, all'eccesso opposto. Documentiamo tutto ciò con le citazioni testuali. Leggiamo in Pothier: « Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionées l'inexécution de l'obligation et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire si le débiteur eût satisfait à son obligation. Il faut à cet égard distinguer différens cas et différentes espèces de dommages et intérêts; *et il faut même, selon les differens cas, apporter une certaine modération à la taxation et estimation de ceux dont il est tenu* » (1). Dunque il Pothier era incline alla moderazione dei danni sino al punto da ammettere che talora si potesse persino temperare l'*importo* degli stessi danni indubbiamente dovuti dal debitore, punto sul quale avremo occasione di ritornare in seguito. Ed il principio che egli pone è questo, che, se è in colpa e non in dolo, risponda il debitore dei soli danni prevedibili; quindi soggiunge: « Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts, que le créancier, par l'inexécution de l'obli-

(1) Pothier, cit. *Tr. des obligations*, n. 160, pag. 41.

gation pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexecution de l'obligation lui a occasionés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation; *damni et interesse propter ipsam rem non habitam*» (1). Di tutto ciò reca il predetto Autore molteplici esempi. Ne trascelgo uno: «Si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été evincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, resultans des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultans de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail: car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison qui a fait l'objet de mon obligation et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam*. Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai loué, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger et qui n'a pas été prévu lors du contrat» (2).

Ma talvolta, osserva finalmente il POTHIER, anche di simili danni, tuttochè estrinseci, il debitore sarà tenuto quando apparisca che sono stati per via del contratto previsti e che espressamente o tacitamente il debitore vi si è sobbarcato per il caso d'inadempimento della sua obbligazione. Quindi «si j'ai louè ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts, dont je suis tenu envers lui, ne se borneront pas aux frais du délogement, et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devaient s'y borner dans l'espèce ci-devant rapportée: la perte, qu'il pourra faire de ses pratiques, devra aussi entrer pour quelque chose: car lui ayant loué ma maison pour y faire une boutique ou une auberge, cette espèce de dommage est un dommage dont le risque a été prévu et auquel je

(1) *Idem*, n. 161, pag. 41.
(2) *Ibid*.

suis censé m'être tacitement soumis » (1). Sicchè in fondo la prevedibilità o meno, più che l'essere il danno *circa* od *extra rem*, è assunta dal POTHIER come criterio (2). Ma non è tanto questo che qui interessa rilevare, quanto il fatto che da tutto l'assieme delle idee e degli esempi di quel grande ispiratore del Codice francese risulta, come già si era detto, un indirizzo diametralmente opposto a quello che segue il MOSCA. Quanto poi al BIGOT-PRÉAMENEU il passo della sua esposizione di motivi, a cui dianzi accennava, si riferisce all'ipotesi di inadempimento doloso. Vi si legge : « Mais dans ce cas-là même [di dolo] les dommages et intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention ; il ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. *Ainsi* on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui ètait l'objet de l'obligation, et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens » (3). E tornando al POTHIER, là dove regola appunto questa ipotesi di obbligazione dolosamente inadempiuta, reca l'esempio di chi ha scientemente venduta una vacca infetta, che ha comunicato il contagio agli altri animali del compratore, e decide che anche di questo danno, tuttochè *extra rem*, dovrà senza dubbio rispondere, ma subito soggiunge proponendosi l'ipotesi di ulteriori danni conseguenti alla perdita di detti animali : « À l'égard des autres dommages que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu ? . . . La règle, qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et interêts, dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite necessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes » (4). E tuttociò egli convalida con l'autorità del DUMOULIN (MOLINÆUS), il cui *Tractatus de eo quod interest*, sostanzialmente seguito dal POTHIER, fu detto giustamente costituire in questa parte la fonte principale del Diritto francese (5). Ora dice appunto il DUMOULIN, a proposito dei danni

---

(1) *Idem*, n. 162, pag. 42.

(2) Cfr. CHIRONI, *Op. cit.*, n. 254, pag. 572-573.

(3) FENET, XIII, pag. 233.

(4) POTHIER, *Op. cit.*, n. 167, pag. 44-45.

(5) CROME, *Op. cit.*, § 10, pag. 88, nota 1 (ediz. it., pag. 93 nota 1).

ond'è responsabile l'inquilino che dolosamente incendiò la casa locata: «Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc datum et proxime ex igne secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset, quia illud est damnum remotum, quod non est in consideratione» (1). Si potrà, concludendo, riprovare la formulazione non sempre felice dei principî adottati, si potrà dubitare della bontà di taluni fra gli esempî recati dai predetti Autori in tale materia, ma non si può disconoscere che la tradizione della dottrina, quale ha influito sul legislatore francese, non è tale certamente da suffragare l'assunto del MOSCA.

Ma lo sorregge forse il testo della legge? Non mi sembra nemmeno. Parrà una sottigliezza, ma io credo che il MOSCA sia giunto alle sovra esposte risultanze per ciò, che, con una semplice e a prima vista innocua inversione, ha tenuto sempre presente il concetto di *cause* dove il Codice parla di effetti. Tutto il suo ragionamento si aggira sulla diversa natura, fisica o logica, ovvero invece giuridica, delle cause concorrenti a produrre quei danni che tengon dietro all'inadempimento dell'obbligazione, quasichè il legislatore avesse detto che la serie dei danni risarcibili rimane troncata solo dal sorgere di una concausa giuridica (perchè imputabile). Invece il legislatore ha tenuto presente la sola causa imputabile consistente nell'inadempimento dell'obbligazione, ed ha dichiarato che delle tante conseguenze dannose di quest'*unica* causa giuridica, non tutte entreranno nel computo del risarcimento dovuto, ma quelle soltanto che non siano troppo remote, indirette cioè e mediate, sia che a renderle tali intervenga il concorso di altre cause giuridiche, sia che intervenga invece il concorso di semplici cause fisiche. Questo il significato letterale e genuino, oltrechè rispondente, come si vide, alla *mens legis* non da altro dominata che da un intento di moderazione o limitazione di danni, quando si legga spassionatamente l'Art. 1229 del Codice (2).

(1) CAR. MOLINAEI, *Opera*, T. III (Parisiis, Dezallier 1681) *Tractatus de eo q. i.* (pag. 423-481), n. 179, pag. 473.

(2) A questa mia osservazione parmi si possa in fondo ricondurre una lunga nota in argomento del VENZI a commento della sentenza 7 febbraio 1911 della Corte d'Appello di Firenze (causa Rook c. Ministero di agr. ind. e comm., estensore lo stesso VENZI) in *Foro it.*, XXXVI (1911), p. I, col. 814-820. Del quale VENZI invece (e qui concordo col LEONE, *loc. cit.*, pag. 601) troverei tuttavia troppo spinta l'asserzione che del nesso causale l'Art. 1229 non si occupi per ciò che ad esso si riferisca un articolo precedente, l'Art. 1227.

Finalmente mal risponde, a mio credere, il Mosca ad una obbiezione del Pessina (1). Suppongasi, dice l'illustre penalista, che una persona per colpa produca ad un'altra una perturbazione di mente (Art. 375 Cod. pen.). Il perturbato di mente, non essendo più *compos sui*, può commettere sopra di sè, o sopra altri, qualunque inconscio danno od eccidio. Ebbene le morti eventuali cagionate da questo folle dovranno essere attribuite all'autore del fatto colposo, da cui derivò il perturbamento di mente? No certo. E il Mosca di rincontro: « Anche io ritengo di no, ma per una ragione, che non contraddice affatto, anzi riavvalora sempreppiù, la mia teorica. Quando una persona per dolo, per colpa, o per caso, è diventata folle, sorge subito l'obbligo in altre persone (padre, madre, coniuge, figli, ecc.) di provvedere alla sua tutela ed alla sua custodia: anzi l'Art. 477 del Codice penale punisce come contravvenzione il fatto di lasciar vagare liberamente dei pazzi. Ora se quelle persone sono negligenti a provvedere alla custodia del folle, o se coloro a cui questi è stato affidato trascurano i loro doveri, è evidente che, tra il fatto colposo di chi cagionò la perturbazione di mente e gli eccidi e le stragi che costui commette, si interpone una nuova causa giuridica, un nuovo fatto illecito, che diventa a sua volta causa diretta ed immediata, del sinistro, rendendo la prima una causa indiretta e mediata, e però non punibile ecc. ». Ma è facile replicare che il Mosca si configura per comodo suo l'ipotesi che queste stragi il folle le commetta qualche tempo dopo l'avvenuta perturbazione di mente e quando avea potuto frattanto costituirsi ed esercitarsi sopra di lui la vigilanza delle persone tenute a custodirlo: onde tutto il suo ragionamento cadrebbe se invece quelle stragi, quegli eccidî, fossero dal folle prodotti immediatamente nell'atto della improvvisa sua alienazione mentale. In tal caso, mancando la nuova causa giuridica, ed esistendo pei nuovi danni il solo concorso di una concausa fisica, del tutto fortuita, la responsabilità egli dovrebbe ammetterla, se vuol essere coerente (2). Gli è piuttosto che a questo rigore di coerenza logica c'è

(1) Va notato che il Mosca del concetto di danno diretto e immediato tratta tutt'assieme come di un concetto unico in relazione e al Diritto civile (sia per la colpa contrattuale che per l'aquiliana) ed altresì al Diritto penale, cui si riferisce la memoria del Pessina in questa parte da lui considerata.

(2) Aggiunge altre osservazioni contro l'argomento del Mosca, desumendole da altre possibili circostanze di fatto, il Leone, *loc. cit.*, pag. 626-627.

qualcosa che si ribella (senza che il MOSCA espressamente lo avverta) ed è il buon senso giuridico o senso pratico che dir si voglia.

La conclusione cui mi conducono i riflessi sin qui esposti è quella stessa del GIORGI, le cui parole non mi sembrano in questa parte di colore così oscuro come son parse al MOSCA (1). Aggravatisi i danni che hanno loro prima sorgente nell'inadempimento dell'obbligazione, pel concorso di circostanze fortuite, egli ammette che il debitore risponderà di quegli eventi che, sebbene meramente casuali, siano naturalmente congiunti con l'inadempimento e debbano necessariamente influire sui danni; congiunti in maniera che si possa dire, dato in quella fattispecie l'inadempimento, quei danni doveano necessariamente avverarsi. Dove manchi invece questa necessità, perchè fra l'inadempimento e i danni entri come causa a questi ultimi più prossima (il fatto del creditore o) il fortuito di pura occasione, i danni non sono risarcibili. Del che il GIORGI reca chiari esempi; ne riproduco uno. Se pel doloso contegno del locatore io, conduttore di una casa, sono costretto a sloggiare ben prima del termine del contratto, ed io debbo provvedermi un'altra abitazione a più caro prezzo, perchè nel frattempo le vicende economiche hanno fatto elevare i fitti, questa differenza di prezzo, che pur si connette a tale circostanza casuale del mercato, mi dovrà essere da lui rimborsata perchè necessariamente collegata all' inadempimento come effetto alla causa. Mi saranno dovute del pari le spese per lo sgombero, ma se, nel trasporto dei mobili dall'una all'altra casa, taluni oggetti vengano deteriorati o rubati, non sarà questo un danno necessariamente collegato coll'inadempimento, nè dovrà quindi risarcirsi, perchè, quando anche non dipenda dal fatto mio per avere io imprudentemente impiegate nel trasporto persone disoneste, negligenti o mal pratiche, dipenderà per altro da un fortuito di mera occasione (2).

---

(1) MOSCA, *Op. cit.*, pag. 6 e pag. 24.

(2) GIORGI *Op. cit.*, vol. II, n. 98, pag. 129-133 (4 ediz.). Nell'ultima edizione, la 7ª, il GIORGI, ferma la sostanza, modificò la formula gia incriminata dal MOSCA (vol. e n.° cit. pag. 146-152. Già nella scienza tedesca si era fatta in questa materia la differenza fra *causa* ed *occasione*. Veggasi particolarmente DERNBURG, cit. *Pandekten*, II, § 45. pag. 126 (pag. 180-181, della trad. it.). Ed il CROME, *Op. cit.* § 15, pag. 92-93 (pag. 97-98 della trad. it.) ragionando sull'Art. 1151 del Codice francese (1229 del nostro) ci ravvisa scolpita siffatta distinzione, diretta a far si che nel computo dei danni non si vada all' infinito. Ma certo anche egli non disconosce, come non lo disconosce il nostro GIORGI,

L'elemento subbiettivo, attinente cioè al titolo o grado che dir si voglia di imputabilità del debitore inadempiente, si riflette, secondo la nostra legislazione, che ha seguito anche qui la *francese* (cit. Art. 1150, 1151), sulla estensione dei danni da risarcirsi. Perchè infatti entro la cerchia dei danni diretti ed immediati, che in nessun caso, come si vide, deve essere oltrepassata, si distingue ulteriormente in base al criterio della prevedibilità. Trattandosi di colpa, il debitore risponde solo dei danni preveduti o prevedibili che conseguono all'inadempimento, mentre invece anche i non preveduti e non prevedibili stanno a suo carico, se versi in dolo (Art. 1228).

Ma danni preveduti o prevedibili quando? Al tempo del contratto, risponde impropriamente il legislatore, dimentico per un momento della maggiore generalità del Titolo che stiamo commentando in confronto al corrispondente del Codice francese (v. s., n. 2, pag. 14). Noi diremo più esattamente che la prevedibilità si riferisce al momento in cui sorge l'obbligazione. Donde poi è venuto, si chiede, e come si giustifica cosifatto criterio? È assai dubbio ch'esso risponda al genuino Diritto romano (1). Venne invece al Diritto francese e quindi al no-

---

che la distinzione *in concreto* torna spesso di difficile applicazione. Sarà questo, io soggiungo, uno dei tanti punti in cui la scienza giuridica non può tracciare che delle linee generali, e nella pratica loro attuazione converrà rimettersi al discernimento dei giudici, a quel criterio ch'è per il giurista pratico quello che il colpo d'occhio per il medico. Ho già in altra occasione (v. s., n. 115, pag. 489, nota 1) indicata la monografia del GUEX per chi ami avere un chiaro concetto ed esame critico delle varie e complesse teoriche sulla causa (causa *adeguata*, teoria del RÜMELIN sulla *prognosi susseguente obbiettiva*, criteri differenziali fra *causa* e *condizione* in generale ecc.) specie nelle sue relazioni con la colpa, teoriche fiorite particolarmente in Germania. Ora al medesimo fine è da aggiungere, oltre al LEONE, *loc. cit.*, la memoria del TILSCH, *Del nesso causale nel Diritto civile*, comparsa nei recentissimi già citati *Studi in onore di G. P. Chironi*, vol I, pag. 613-630.

(1) Escludono che si abbia riguardo al criterio della prevedibilità o meno, fra altri, MOMMSEN, cit. *Beiträge*, II, pag. 165-171 (diretto specialmente a combattere il contrario assunto del MOLINAEUS), COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach röm. Recht* (Leipzig, Tauchnitz 1865) § 3, pag 19 e § 12, pag. 137, WINDSCHEID,

stro dal MOLINEO, attraverso il tramite solito del POTHIER, e la ragione onde essi lo giustificano, che è quella dopo di loro comunemente ripetuta, consiste in un presunto accordo delle parti sulla diligenza da prestarsi e sulla relativa responsabilità, dov'è naturale il pensare che non siansi impegnati a rispondere di danni non previsti nè prevedibili. Invece accordi simili aventi di mira l'ipotesi di dolo sarebbero del tutto illegali, non si possono quindi nè si debbono presumere (1). Nè mancano pure fra noi scrittori autorevoli che a simile ragionamento sottoscrivono (2). Ragionamento analogo a quello onde si usa suffragare la distinzione, comunemente accettata, fra la estensione e graduabilità della colpa contrattuale e della extracontrattuale. Se in questa si risponde di ogni minima colpa, mentre in quella solo della lieve, gli è perchè, si dice, nei rapporti contrattuali le parti possono pure accordarsi preventivamente sopra una responsabilità maggiore datochè non si accontentino di quella posta con criterio medio dalla legge, possibilità di previo accordo che non c'è per la colpa aquiliana,

---

Pandekten, II, § 258, pag. 54, testo e nota 14 (8 ediz.). Sostiene invece anche per Diritto romano non dovuti i danni non prevedibili nel caso di semplice colpa JHERING, *Das Schuldmoment im röm. Privatrecht* (Giessen, Roth 1867), pag. 55 e segg.

(1) Cfr. MOLINAEUS, *Op. cit.*, n. 60, pag. 443 e *passim*, POTHIER, *Op. cit.*, n. 160 in fine, n. 161 e segg., pag. 41 e segg. Quanto ai commenti al Codice francese, bastino per tutti le seguenti parole che si leggono nelle cit. *Pandectes françaises*, v.° *Obligations*, n. 2084, pag. 256: « Cette différence entre les deux hypothèses se justifie d'ailleurs parfaitement. Lorsque le débiteur est de mauvaise foi, on ne peut plus, comme dans le cas ou il est de bonne foi, fonder son obligation sur une clause tacite de la convention ».

(2) Basti trascrivere dal CHIRONI, *Op. cit.*, n. 257, pag. 580, il seguente brano: « La legge distingue da ultimo i danni preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, dai non preveduti o non prevedibili, collegando questo criterio di estimazione alla condizione soggettiva dell'agente: e argomentando dal concetto, che nello stipulare il negozio le parti abbiano fin da quel momento pensato alle conseguenze che l'inadempimento, effettuandosi, potrebbe produrre nel patrimonio del creditore. Concezione esatta rispondente alla buona fede che si presume presieda alle contrattazioni e che perciò vien meno se il *dolo* ha mosso il debitore a non adempiere ai suoi impegni ».

onde la legge dovette essere addirittura essa più esigente nel regolarla. E la stessa obbiezione ch'io ebbi già altra volta occasione di muovere a cosifatta argomentazione (1), va ripetuta nel caso attuale. Si accampa cioè un criterio del tutto unilaterale, perchè siamo in cospetto di norme che non si applicano solo ad obbligazioni contrattuali (v. s., n. 103, pag. 394 e pag. 399-402, ove si precisò la portata della colpa contrattuale, ben maggiore di quella che apparirebbe dalla espressione letterale), ed invece solo nei rapporti contrattuali sono possibili quei preventivi espressi accordi per estendere la responsabilità, o taciti per limitarla, ai quali si fa in questi temi ricorso dagli autori predetti. (2) Inoltre l'obbligo del risarcimento deve discendere dall'inadempimento imputabile in sè e per sè, come cosa *contra ius*, non già da presunzione di accordi fra le parti. Tutto ciò a tacere dell'altra obbiezione che pure scientificamente fu elevata contro il sistema della legislazione francese (e italiana), ch'essa cioè, ragguagliando la quantità dei danni da risarcire alla soggettiva gravità della mancanza dal debitore compiuta (dolo o colpa), applica al Diritto civile un criterio tutto proprio del Diritto penale. Al che mal si risponde dicendo che « la separazione tra giustizia civile e giustizia penale non sembra tanto perfetta in linea teorica da potersi con taglio netto dovunque effettuare » e che « il risarcimento dei danni è uno di quei punti, in cui la separazione perfetta non riesce possibile, perchè questa è precisamente una materia dove i principii della giustizia penale si uniscono tanto strettamente con i principii della giustizia civile, che l'una non compie l'uf-

---

(1) Cfr. la mia recensione sulla *Colpa contrattuale* del CHIRONI (1. ed.), che ho già citata a pag. 444, nota 1.

(2) Ed è bene rammentare che il CHIRONI stesso, che del resto fino dalla 1ª edizione della *Colpa contrattuale* ne estendeva il concetto anche alle obbligazioni derivanti da quasi contratto, vi ha pure incluso nella seconda edizione quelle *ex lege*, per giungere finalmente all'ampio concetto da me accolto. (v. *supra* la mia nota 4 a pag. 481). E tuttavia egli persiste a spiegare nel detto modo, cioò con la possibilità di previi accordi fra le parti la limitazione dell'Art. 1228 ai danni prevedibili in *tutti* i casi di colpa contrattuale !

ficio suo senza il soccorso dell'altra » (1). A queste affermazioni troppo generiche e vaghe contrasta lo sviluppo storico della teoria del risarcimento dei danni, l'evoluzione cioè che col progredire e con l'affinarsi del Diritto si è venuta attuando entro la sfera del Diritto privato dal concetto di pena a quello di puro risarcimento, scevro da ogni elemento di penalità (2), vi contrasta lo spirito generale della stessa nostra legislazione che è noto come tenga bene distinte, pur trattandosi di reati, l'azione penale dalla civile. E così dev'essere pure razionalmente. Interferenze fra Diritto civile e penale ci sono e molteplici: ne abbiamo noi stessi segnalato altrove un esempio (v. s., n. 98, pag. 386-388); ma è ben altra cosa l'ammettere che il criterio di penalità possa comunque entrare nel disciplinare ragioni di credito, troppo disparate appariscono in uno stadio di civiltà avanzata, i concetti di pena e di risarcimento (la pena, per dirne una, assolutamente personale, l'obbligo del risarcimento invece trasmissibile agli eredi). Chi parteggia dunque per il sistema presso di noi adottato dovrà convergere i suoi sforzi a dimostrare, se lo può, che vi è estranea ogni idea di pena, ma se vi si ravvisa invece questa commistione di penalità, la conclusione non può essere che di aperta censura. Un punto è comune, benchè anch'esso variamente apprezzato, in civile e in penale: l'imputabilità. Si risponde qua e là di un'azione solo inquanto è imputabile, ma poi la sanzione è affatto diversa, è pena in Diritto criminale, è risarcimento di danno in civile; e, poichè risarcimento significa

(1) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 97, pag. 145 (7ª ediz.).

(2) JHERING, cit. *Das Schuldmoment* « Das Strafprincip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Culturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewusstseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadensersatzprincip an seine Stelle treten zu sehen » pag. 66. E cito un'autorità tanto meno sospetta inquanto vedemmo già il JHERING stesso sostenere per Diritto romano il criterio della prevedibilità come differenziale fra dolo e colpa. V. pure la nota che segue. Sulla evoluzione storica per cui la rifusione del danno ha perduto ogni carattere penale veggasi altresì BONFANTE, cit. *Lezioni del 1911-1912*, pag. 229-230.

sempre ripristino del patrimonio del creditore nello stato in cui sarebbe se non fosse accaduto l'evento dannoso, dietro il concetto già sviluppato ed entro i limiti del nesso causale, non dovrebbe il grado vario di imputabilità (dolo o colpa) tornar ad influire sulla estensione del danno da risarcire (1).

128 bis. È questione se il criterio della prevedibilità come limite del risarcimento nell'ipotesi di colpa vada applicato alla sola *qualità* od anche alla *quantità* del danno (2). Una certa specie di danno conseguente all'inadempimento colposo del debitore è fra quelli ch'egli deve risarcire perchè prevedibile, ma per circostanze speciali ne è oltre ogni previsione elevato l'importo. Dovrà forse questo importo ridursi alla stregua del predetto criterio?

L'essermi io tanto indugiato a dimostrare l'aberrazione dai principî contenuta nella esaminata norma lascia già com-

---

(1) E però il JHERING, che almeno per ciò che riguarda il Diritto romano vedemmo sostenere la diversa estensione del risarcimento in base al criterio della prevedibilità del danno secondochè trattisi di dolo o di colpa, si trovò costretto a combattere il concetto del nesso causale (*Op. cit.*, pag. 55). Ma assumere, come fa pure il GIORGI, il nesso causale quale regola del risarcimento da prestarsi e nel tempo stesso consentire che vi si infiltri più o meno un concetto penale, non pare cosa razionalmente plausibile.

(2) Che si applichi tanto alla specie che all'ammontare dei danni sostengono specialmente AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, § 308, pag. 105-106, testo e nota 41 e fra noi PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istit.*, IV, n. 102, pag. 429, nota 1 (4ª ediz.) GIORGI, *Op. cit.*, II, n. 123, pag. 187-192, LEONE, *loc. cit.* pag. 603-604. *Contra* TOULLIER, *Op. cit.*, T. VI, (ed. fr.) T. III dell'ediz. belga pag. 336-337, n. 285, DURANTON, *Op. cit.*, T. IX dell'ediz. belga (XVI della francese), n. 295, pag. 111, COLMET DE SANTERRE, *Op. cit.*, T. V, n. 66 bis III e IV, pag, 93-94, LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. II, sull'Art. 1150, n. 10, pag. 40, DEMOLOMBE, *Op. cit.*, T. XXIV, n. 593-595, pag. 583-591 (almeno per danni intrinseci, ammettendo egli invece un temperamento per gli estrinseci nel successivo n. 596, pag. 591-593), LAURENT, *Principes*, XVI, n. 289-292 pag. 348-352 (che a torto il GIORGI nella 4ª edizione dava come seguace dell'opposta teoria), HUC, *Op. cit.*, T. VII, n. 148, pagine 210-212, CROME, *Op. cit.*, § 10, pag. 94 (pag. 99 della traduz. it.), nota 26 in fine, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e Vol. cit.*, n. 486, pag. 518-521, CHIRONI, *Colpa contratt.*, n. 257, pag. 580-582.

prendere com'io debba nel dubbio inclinare verso quella soluzione che più ne restringe la portata. Reputo dunque compreso nel risarcimento tutto quanto l'importo sia pure imprevedibile di un danno per sua natura prevedibile. Non si dica che l'art. 1228 (1150 Cod. francese) non fa distinzione fra causa e quantità del danno parlando genericamente di danni preveduti o prevedibili. Rispondo che l'Art. 1228 si connette col susseguente in un unico sistema, nel quale chiaro emerge che il legislatore si è proposto di risolvere il quesito relativo alla qualità, non alla quantità di danni da risarcire secondochè di dolo si tratti o di colpa. Hanno poi molta importanza a sostegno della nostra tesi i precedenti della legge. Il POTHIER, sempre seguendo il DUMOULIN, risolveva la questione nel senso che noi stiamo oppugnando. Ecco le sue parole: À l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur, faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, *mais avec une certaine modération* . . . Le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l' inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger, que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages et intérêts, et non au delà: donc *lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penser qu'ils seraient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés* à la somme à laquelle on pouvait raisonnablement penser qu'ils pourraient monter au plus haut, le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage » (1). Orbene, l'originario progetto francese sul Titolo delle obbligazioni, redatto dalla Commissione dell'anno VIII, seguiva in tutto e per tutto il POTHIER. Nell'Art. 46, identico all'Art. 1150 del *Code civil*, lo aveva seguito

(1) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 164, pag. 43-44.

nel principio fondamentale che si risarcisce quella *specie* di danni avente il carattere della prevedibilità, poi nell'Art. 47 ne aveva accolto l'ulteriore temperamento riguardante la quantità dei danni stessi, disponendo: « Le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur » (1). Ma nella definitiva redazione quest'aggiunta dell'Art. 47 fu tolta, in base alle seguenti osservazioni molto significanti del BIGOT-PRÉAMENEU: « Il y eût eu de l'inconvénient à dire que les dommages et intérêts doivent, lorsq'il n'y a point de dol, être taxés avec modération. La modération est un des caractères de l'équité; mais lorsqu'il est réellement dû des dommages et intérêts au créancier, il ne fallait pas que, contre l'équité, on pût induire de la loi que sa cause est défavorable » (2). Di fronte a tali precedenti appare insostenibile la tesi avversaria, nè regge affatto quanto ebbe già a scrivere il GIORGI, che « altra cosa è attribuire al giudice facoltà di moderare la quantità dell'indennizzazione ad arbitrio suo, altra imporgli l'obbligo di non comprendere nella tassazione che i soli danni previsti e prevedibili ». È infatti evidente che proprio a quest'ultimo punto si riferiva il predetto Art. 47 del Progetto, quando lo si raffronti ai citati passi del POTHIER, ove della moderazione dei danni si parlava sempre in ordine al criterio della prevedibilità. Solo di fronte ad una legislazione come il *Codice svizzero delle obbligazioni* del 1881 avrebbe potuto sostenersi l'assunto che qui stiamo combattendo. Infatti l'Art. 116 di quel Codice, dopo aver fissato che « il debitore obbligato al risarcimento è tenuto in ogni caso pel danno che al tempo del contratto poteva essere preveduto come conseguenza diretta dell'inadempimento o dell'imperfetto adempimento del contratto medesimo », soggiungeva al capoverso: « Il giudice nel suo prudente criterio valuta il danno secondo le

(1) FENET, II, pag. 166.
(2) FENET, XIII, pag. 233.

circostanze » (1). Ma vi ha finalmente un altro argomento a favor nostro, desumibile dall'Art. 1489 (1633 del Cod. fr.) relativo all'evizione della cosa venduta. Vi si dice: « Se la cosa venduta fosse aumentata di prezzo al tempo dell'evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che supera il prezzo della vendita », senza limiti dunque, per quanto l'aumento di valore della cosa evitta abbia superato ogni previsione possibile al momento della vendita. Non contesto che, operando qui il concetto di garanzia, la norma è tale che si applica *anche* quando di colpa non possa dirsi imputabile il venditore. Tuttavia, ove colpa ci sia, perchè usare altro trattamento per altri contratti affini, ad esempio in un contratto di locazione, se, costretto il conduttore ad abbandonare prima del tempo la casa indebitamente locatagli, non potesse procurarsene altra simile che con un rilevantissimo e in origine non prevedibile aumento di mercede? Osservo anzi (cosa che non mi sembra da altri avvertita) che proprio il caso di evizione della cosa venduta aveva suggerito al POTHIER, sempre d'accordo col DUMOULIN, di ridurre al prevedibile l'entità del danno da risarcire, ispirandosi al principio che anima la l. un. Cod. de sent. quae pro eo quod interest profer. 7, 47 (2): ora se proprio nel detto caso di evizione troviamo sancito l'opposto dalla legislazione francese e dalla nostra, è d'uopo trarne la riprova che si volle in questo argomento assolutamente dipartirsi dalle idee del POTHIER. Di recente il LEONE, a smorzare, per dir così, l'impressione che si trae a favore della nostra tesi dal citato art. 1489 (1633 del Cod. fr.) ha fatto appello a quanto nello stesso tema dell'evizione sancisce il successivo art. 1491 (1635 Cod. fr.), per cui solo il venditore di mala fede deve rimborsare il compra-

---

(1) Detto articolo è scomparso nel *Codice svizzero delle obbligazioni* ora vigente, nel quale invece è nuovo il richiamo che l'Art. 99 ult. capov. fa delle regole relative alla responsabilità per atti illeciti come applicabili agli effetti della colpa contrattuale.

(2) POTHIER, *loc. cit.*, n. 164, pag. 43.

tore evitto delle spese voluttuarie da lui fatte sul fondo. Pure si ha anche qui un danno intrinseco, e prevedibile: se tuttavia il venditore di buona fede non deve per esse compenso, ne risulta paralizzata la deduzione che si vuol trarre dall'art. 1489 ed avvantaggiata piuttosto la tesi contraria. Senonchè la genesi della poco plausibile disposizione ne mostra la inconferenza al fine per cui il LEONE la invoca. Fu il FAURE nel suo Rapporto al Tribunato che, qualificando le spese in questione come quelle *« qui ne contribuent en rien à donner aux fonds une valeur plus considérable »* e sono frutto di puro capriccio, ne dedusse, quasi per tacito accordo fra le parti, la non rimborsabilità in caso di evizione, soggiungendo che solo quando il venditore fosse in mala fede egli tale rimborso dovesse *« en punition de sa mauvaise foi »* (1). Si partì dunque dal presupposto che danno patrimoniale qui non ricorresse per ciò che le spese di puro capriccio non aveano per nulla aumentato il valore del fondo. E se tuttavia se ne addossò la rifusione al venditore in caso di sua mala fede, ciò avvenne non a titolo di risarcimento, ma per una malintesa infiltrazione del concetto di pena. La logica per verità imporrebbe o rifusione di dette spese anche a carico del venditore di buona fede se si crede che esse rappresentino un danno suscettibile di risarcimento o nemmeno a carico del venditore di mala fede se qui si creda mancare il danno quale diminuzione reale di patrimonio.

Meno che mai, appena occorre accennarlo, si dovrà avere riguardo nella determinazione dell'indennizzo alla condizione economica dell'obbligato. Non c'è chi non vegga quanto sarebbe assurdo l'invocare qui un principio che il legislatore volle applicabile solo (Art. 143) nella determinazione degli alimenti dovuti per legge (2). Nemmeno potrà il debitore che non ha eseguita esattamente tutta l'obbligazione che gli in-

---

(1) FENET, XIV, pag. 166-167.

(2) Sent. 2 Giugno 1893 della Corte d'Appello di Venezia in causa Pellegrini-Astori c. Maroza-Pasqualini (*La Legge*, 1893, II, pag. 774).

combeva pretendere di compensare questo danno col vantaggio che abbia d'altro canto recato. E però nell'Art. 1714 si legge: « Ciascuno dei soci è obbligato verso la società pei danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati con la sua industria in altri affari ». Veggasi pure in proposito l'Art. 84 del Codice di commercio.

129. Alla regola sin dapprincipio illustrata, che persino in caso di inadempimento doloso non si risponda che dei danni diretti e immediati, si insegna doversi fare eccezione quando il debitore che mancò dolosamente di adempiere l'obbligazione lo abbia fatto con la intenzione deliberata di produrre anche i danni ulteriori (indiretti) (1). È stato poi presso di noi ripetutamente deciso che i danni indiretti per inadempimento contrattuale, se non coll'azione *ex contractu,* possano domandarsi con l'azione aquiliana contemporaneamente proposta. Questo concorso delle due azioni, già di per sè molto discutibile, presuppone risoluta in senso negativo altra questione di grave entità, che dovremo trattare ampiamente e con applicazione a fattispecie disparate quando discorreremo *ex professo* della colpa aquiliana, se cioè le norme limitatrici del risarcimento che valgono in caso di colpa contrattuale si estendano a quella extracontrattuale. Necessariamente dunque rinviamo al titolo della colpa aquiliana l'occuparci di siffatto argomento, limitandoci per ora a dire sol questo, che quanto vi ha di razionale nelle norme già esposte per riguardo al *nesso di causalità* non può non valere anche per la colpa aquiliana e non vi si abbiano invece ad estendere norme (come quella desunta dal criterio della prevedibilità) che dobbiamo subire in tema di colpa contrattuale, perchè esplicitamente sancite dal legislatore, ma che dimostrammo non plausibili al lume dei principî (2).

---

(1) LAROMBIÈRE, *Op. cit.* T. II, sull'Art. 1151 n. 5, pag. 47, DEMOLOMBE, *Op. cit.*, T. XXIV, n. 603, pag. 601-602, *Pandectes françaises*, v.° *Obligations*, n. 2089, pag. 257, GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 100, pag. 154-155 (7 ediz.).

(2) Chi desideri sin d'ora un'ampia indicazione di dottrina e di giurisprudenza in argomento consulti la citata monografia del LEONE, pag. 604, nota 1 e 607 nota 1.

130. Indicate le norme fondamentali intorno al risarcimento, si tratta di vedere come il danno effettivamente si liquidi. Ordinariamente dovrà il giudice procedere a siffatta liquidazione, ma eccezionalmente può quest'opera del giudice essere resa inutile, perchè la liquidazione proceda o da convenzione delle parti, o dalla legge. Di questi tre diversi titoli di liquidazione (sentenza, convenzione, legge) passiamo ad occuparci in separati paragrafi.

§ 3.

Liquidazione giudiziale dei danni.

Sommario: 131. Quale sia il cómpito del giudice nella liquidazione del danno. — 132. Il giuramento estimatorio come speciale mezzo di prova.

131. Sono evidentemente dirette al giudice, come altrettante istruzioni sul modo ond'egli dovrà comportarsi, le norme illustrate nel paragrafo precedente intorno al concetto e all'entità dei danni da risarcirsi. Chè infatti trattandosi di liquidazione convenzionale diventa arbitra, come vedremo, la volontà delle parti, e per la liquidazione legale non aveva bisogno il legislatore di dettare preventivamente a se stesso delle norme in base alle quali attuarla. Contenessero pure gli articoli esaminati i criterî informatori della liquidazione legale (e vedremo invece che non è del tutto cosí), certo è che non in riguardo ad essa si sarebbero scritti nel Codice, poichè il legislatore ordina e non motiva. Cómpito del giudice adunque sarà di seguire scrupolosamente le surripetute norme che furono stabilite per lui quale guida imprescindibile nella valutazione dei danni, e da questo cómpito esorbiterebbe, ricordiamolo (v. s. n. 125 bis pag. 571-572), arbitrandosi di fissare nella sua sentenza, come mezzo di coazione all'adempimento, una penale per ogni giorno di ritardo.

La sentenza liquidatrice dei danni pronunciata dal giudice di merito si potrà denunziare in Cassazione solo quando siano state nella valutazione inosservate le regole di legge, p. es. tenendo calcolo solo del danno emergente e rifiutandosi di com-

putare il lucro cessante. Ma osservate quelle regole, nella determinazione del quantitativo alla quale si trovi condotto da esse e dagli elementi di fatto il giudice di merito è sovrano.

132. Ho accennato agli elementi di fatto che il giudice dovrà valutare. Egli invero liquiderà il danno in base alle prove fornitegli. Vuolsi notare soltanto che qui può funzionare uno speciale mezzo di prova, cioè il *giuramento estimatorio* (1). La prova generica di un danno sofferto dev'essere stata data dal creditore perchè si faccia luogo a tal giuramento, ma non basta. Dev'esserci altresì l'impossibilità di altro mezzo di prova, ed è naturale, perchè solo come a rimedio estremo si deve ricorrere alla dichiarazione sull'ammontare del danno emessa dalla parte interessata, sia pure sotto il vincolo del giuramento. Deve inoltre il giudice frenare il temibile arbitrio della parte interessata con lo stabilire « la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento » (Art. 1377) (2). La determinazione di questo *maximum* di credibilità è rimessa al sovrano apprezzamento del giudice, il quale certamente si gioverà all'uopo di tutti gli indizî accuratamente raccolti, di tutte le congetture possibili, e apprezzerà le qualità personali dei litiganti nonchè la causa del danno. Ma che *sotto pena di nullità* abbia ad esprimere nella sentenza che ammette il giuramento siffatti motivi che lo indussero a quella tassazione, non crederei, per quanto lo abbia deciso la Suprema Corte di Torino con plauso del MATTIROLO (3). La legge è muta in proposito e non

---

(1) Detto dai Romani *iusiurandum in litem*. Sovra di esso cfr. C. BERTOLINI, *Il giuramento* ecc. (Roma, Loescher 1886), pag. 207 e segg.

(2) In ciò e nella facoltà di aggiudicare un importo minore di quello risultante dal giuramento, il JHERING (*cit. Das Schuldmoment*, pag. 65) ravvisa un temperamento dell'originario carattere punitivo insito, secondo lui, in questo mezzo di prova. Stanno però, come nota col CHARRIER (*Le serment*, pag. 182) il LESSONA (CARLO); *Tratt. delle prove nel Dir. giud. civ. it.*, Vol, II (2ª ediz., Firenze, Cammelli 1905), n. 576, pag. 522, nota 3, delle forti ragioni che rendono molto contestabile, in Diritto costituendo, quest'obbligo di preventiva tassazione.

(3) MATTIROLO, *Trattato di Dir. giudiziario civ. it.*, Vol. II (5ª ediz., To-

si può pertanto elevare a ragione di nullità il difetto di una motivazione che nessun testo nè del Codice civile nè del Codice processuale prescrive. Ma d'altra parte non mi sento di aderire al LESSONA (CARLO), il quale spinge il sovrano apprezzamento del giudice fino a credere incensurabile in Cassazione una sentenza che, motivando sulla tassazione, dicesse espressamente di fissare la somma sul prezzo di affezione (1). Finchè egli tace e solo dichiara la cifra sino alla quale, valutate *genericamente* le circostanze del caso, presterà fede al giurante, è ragionevole presumere ch'egli abbia tenuti presenti nel determinarla i criterî di legge sui *danni valutabili*. Ma s'egli patentemente li viola, come dalla sua spontanea dichiarazione emerge, non si può non applicare quanto si è testè detto nel n. 131 in fine.

Il giuramento estimatorio non è che un mezzo di istruzione, ed è, ripeterò col MATTIROLO, pressochè comune insegnamento della dottrina e della giurisprudenza che il cosidetto caricamento dato col giuramento estimatorio deferito con sentenza interlocutoria all'attore è suscettivo di ulteriore discussione nel corso dello stesso giudizio, sia in base a documenti posteriormente prodotti, sia col mezzo di nuove considerazioni sopra titoli anteriormente presentati; e che in ogni caso non vincola in modo assoluto il giudice nel determinare l'ammontare della condanna (2). Al che non consegue necessariamente che debba considerarsi e punirsi come spergiuro l'attore che prestò il giuramento, altro essendo una esagerata valutazione, altro la falsità, donde ciò che si legge nella l. 11 D. de in litem iurando

---

rino, Bocca 1902), n. 956, pag. 834-835 testo e pag. 835, nota 1, ove è citata la sentenza della Cassazione torinese, ch'è dell'11 agosto 1883. A siffatto insegnamento io aveva invece aderito nella 1ª edizione del presente volume.

(1) C. LESSONA, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 578, pag. 523.

(2) MATTIROLO, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 964, pag. 839-840. — A questo insegnamento sottoscrive pure il LESSONA, *Op. e Vol. cit.*, n. 585, pag. 528-529, benchè egli sostenga che non può invece combattersi con nuove prove il giuramento suppletorio. E ciò per la differente locuzione adoperata dal legislatore nel definire le due diverse specie di giuramento deferito d'ufficio.

12, 3 di PAOLO: «De periurio eius qui ex necessitate iuris in litem iuravit quaeri facile non solere» (1).

§ 4.

Liquidazione dei danni convenzionale.

SOMMARIO: 133. Quando possa farsi questa liquidazione: si discorre in particolare di quella preventiva. — 134. Clausola penale: concetto, natura giuridica e duplice funzione di essa. — 135. Quando si incorra nella penale. — 136. Effetti della clausola penale considerata come preventiva liquidazione dei danni. Intangibilità della penale nel suo ammontare. Eccezioni in caso di adempimento parziale o di inadempimento per colpa *comune*. — *136 bis*. Che cosa possa esigere il creditore in caso di inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione presidiata dalla penale. — 137. Della *mulcta poenitentialis* o pena di recesso. — 137 *bis*. La clausola penale nei contratti con Amministrazioni dello Stato. — 138. Della caparra. Suo carattere ed effetto normale secondo gli Art. 1217, 1230 Cod. civ. — 138 *bis*. La caparra confirmatoria e la caparra funzionante come pena di recesso per volontà delle parti. — 138 *ter*. Sorte della caparra nei casi di adempimento dell'obbligazione, di concordato recesso dalla medesima o di inadempimento non imputabile al debitore. *Quid* in caso di inadempimento per colpa comune ad ambe le parti.

133. La liquidazione convenzionale dei danni può avvenire in seguito all'inadempimento dell'obbligazione. quando il danno si è dunque già verificato, e allora non c'è nulla di particolare da avvertire: sarà evidentemente un accordo da osservarsi, dato che abbia tutti i requisiti di una valida convenzione in generale. Ma può anche avvenire prima che si verifichi il danno, mentre ancora non è giunto il termine per l'adempimento dell'obbligazione, od anche sin dal suo sorgere. Quest'ultimo anzi sarà il caso più frequente, e la forma ordinaria che assume allora la liquidazione è quella della clausola penale e della caparra. Dell'una e dell'altra passiamo ora a discorrere.

134. La clausola penale, che sarebbe erroneo il credere

(1) MATTIROLO, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 966, pag. 841.

possibile solo nei contratti (1) (mentre p. es. può figurare in un testamento, stabilita dal disponente a carico dell'erede e a favore dei legatarî pel caso che l'erede stesso non soddisfi o non regolarmente i legati) ha una duplice funzione, che si rileva dal combinato disposto degli Art. 1209 e 1212, 1° comma (corrispondenti, salvo un'opportuna aggiunta nel primo, agli Art. 1226 e 1229, 1° comma, del *Codice Francese*). Dice il primo: « La clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione ». Dice il secondo: « La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale ». Essa dunque mira da un lato a rafforzare il vincolo obbligatorio, essendo il pericolo di incorrere nella pena stimolo per l'obbligato ad eseguire il debito suo, d'altro lato previene le difficoltà della liquidazione dei danni pel caso di inadempimento, fissandone a priori l'entità mediante l'importo della pena convenuta e dispensando, come vedremo, il creditore da ogni onere di prova. Il contenuto della clausola è d'ordinario una somma di danaro, ma potrebb'essere anche una prestazione d'indole diversa, come risulta dalla generica locuzione del riferito Art. 1209 e com'è altresì raffermato dalla l. 11 §. 2 D. de receptis qui arbitrium receperunt ut sent. dicant, 4, 8 di ULPIANO.

Il concorso delle accennate due funzioni rende alquanto complessa e difficile a definirsi la figura della clausola penale o pena convenzionale che dir si voglia. E poichè, conforme alla tradizionale denominazione di codesto istituto, si ravvisa da taluno carattere vero e proprio di pena nella coercizione all'adempimento inerente alla clausola, pare che il problema si complichi per quel tal divario che in una legislazione propria di civiltà avanzate vedemmo sussistere fra il concetto di pena e il concetto di risarcimento di danni (v. s. n. 128, pag. 599). Già fra romanisti troviamo opposte tendenze in proposito, ma

---

(1) Come afferma invece il GIORGI, *Op. cit.*, II, n. 154, pag. 237 (7ª ed.).

pur non entrando, chè non è mio ufficio, in discussione con essi, dirò che parmi accettabile l'opinione intermedia, secondo cui nell'antico Diritto romano avrebbe predominato il concetto della pena, poi collo svolgersi e coll'estendersi del principio dell'interesse sarebbe cominciata anche qui l'evoluzione dal principio della pena a quello dell'indennizzo, senza però che tale svolgimento sia riuscito a compiersi del tutto in Diritto romano, nel quale pertanto la clausola ebbe un carattere misto (1). Del resto anche chi parte dal punto della pena, collocando in seconda linea e quasi nell'ombra l'intento della compensazione dei danni (2), ne parla come di pena *sui generis* in confronto alle vere pene legali, sia perchè privata ne è la natura e la fonte, sia perchè si dirige proprio contro ciò che normalmente il Diritto criminale non colpisce, cioè l'infrazione di un contratto in sè e per sè con-

---

(1) Così il BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il Diritto romano* (Roma, Accad. storico-giuridica 1894, estr. dal periodico *Studi e documenti di Storia e Diritto*, Anno XV), n. 49, pag. 80-82. Alla ricca bibliografia sull'argomento fornita dal BERTOLINI a pag. 85-88 della pregiata sua memoria, aggiungo come posteriori ad essa le seguenti monografie che ho utilmente consultate: SJÖGREN, *Ueber die Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden* (Berlin, Heymann 1896). PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander* (Berlin, Prager 1896), SPECKA, *Die Conventionalstrafe als Interesseersatz* (Berlin, Struppe u. Winckler 1897). E fra noi DE CRESCENZIO, v°. *Obbligazione* (in *Enciclop. giur. ital.*, Vol. XII, Parte I) §§ 58 e 59, pag. 340-370 e G. FAGGELLA, *Rafforzamento giuridico del vincolo contrattuale nel Diritto civ. germanico comparato etc.*, in *Rivista critica di Diritto e Giurisprudenza*, II (1904) p. I, pag. 193-253 320-375 e III (1905) p. I, pag. 65-114, 193-242 (È monografia venuta ora a mia cognizione e che di molti altri argomenti tratta oltre che di quello che qui ci occupa). Quanto a monografie tedesche esiste pure una dissertazione del SIEVEKING, *Abtretbarkeit des Anspruchs auf eine Vertragsstrafe*, del 1908, ma non mi è riuscito di procurarmela.

(2) Com'è il SJÖGREN, che scrive (*Op. cit.*, § 1 pag. 6): «Allem selbstredend muss davon ausgegangen werden, dass die Conventionalstrafe das ist, wofür sie sich ausgiebt, d. h. eine versprochene *Strafe*, nicht ein versprochener *Schadenersatz*. Informato allo stesso indirizzo è fra noi lo scritto di F. MAZZOLANI, *Qualche osservazione sugli Art. 1209 e segg. del Cod. civ.* nel periodico *La Legge* del 1892, I, pag. 31-34 (Vol. XXXII).

siderata (cfr. *supra* n. 98, p. 386-388) (1). Ma, sia pure quale si voglia il carattere della coercizione dalla clausola esercitata, la repugnanza a far entrare l'elemento penale vero e proprio nel regolamento di rapporti di Diritto privato non deve trarre all'estremo opposto, di far risaltare esclusivamente l'intento della compensazione dei danni, come quello che dia, per dir così, all'istituto in discorso la sola vera intonazione (2). Non c'è bisogno di violentare la realtà delle cose e la chiara espressione delle leggi che accennano ad un duplice ufficio della clausola penale, per una supposta necessità di salvare il retto funzionamento dei principî, i quali allora soltanto soffrirebbero offesa quando nella valutazione del risarcimento come tale entrassero criterî di penalità. Invece che cosa abbiamo praticamente? Abbiamo questo, che la funzione coercitiva della clausola (sia o no vera pena non monta), lungi dal determinare il computo dei danni da risarcire, può in realtà non sussistere, affacciandosi allora soltanto che la clausola contenga un qualche cosa di più dell'esatto importo a cui l'indennizzo ascende. Se infatti l'importo della clausola corrisponda perfettamente a quello dei danni da risarcire, il debitore non avrà in essa uno stimolo all'adempimento dell'obbligazione, e men che mai se vi stia al di sotto, cosa pur possibile perchè l'ammontare dei danni, per circostanze verificatesi nel tempo intermedio fra il sorgere dell'obbligazione e la scadenza, oltrepassi di gran lunga le previsioni originarie, per quanto valutate nella clausola con molta larghezza e tradotte in una cifra elevata. Il creditore, in altre parole, fintantochè si propone semplicemente di liquidare a priori i danni, non è mosso da alcun intento di rafforzare l'obbligazione, e se vuole questo ulteriore intento sa che oltrepassa i limiti del vero e proprio risarcimento. Certo però che anche in quest'ultimo caso l'importo della clausola si prende nella sua totalità come rappresentante il risarcimento, benchè in realtà lo oltrepassi, ma

(1) SJÖGREN, *Op. cit.*, § 11, pag. 11-12.

(2) Che è l'assunto dominante nel citato lavoro dello SPECKA.

questo perchè, per scinderlo in due parti e dire sino a tanto essa rappresenta l'indennizzo, per quel tanto di più fungeva da stimolo all'adempimento dell'obbligazione, bisognerebbe istituire quelle indagini sulla esistenza e sull'ammontare del danno, che la clausola penale ha il vantaggio e lo scopo di evitare nell'interesse del creditore.

Per noi che dobbiamo studiare qui la clausola penale sotto l'aspetto di preventiva liquidazione di danni, si manifesta appunto in ciò la sua importanza pratica, che fino *ab antiquo* ne fece raccomandare l'uso, specie nelle *obligationes faciendi*, dove più difficile si presenta la prova della precisa estensione dei danni conseguenti all'inadempimento (1). Nè solo per l'ipotesi di inadempimento assoluto può darsi che venga fissata una penale, ma altresì in previsione che non venga osservata una od altra modalità dell'obbligazione. E qui si considera particolarmente il caso di esecuzione fuori del debito termine, in altre parole di penale pel ritardo, quale suolsi stipulare, ad esempio, nei contratti di appalto: tante lire al giorno di penale per la tardata consegna dell'opera. Ma potrebbe ugualmente stabilirsi una penale pel caso di esecuzione non nel debito luogo, e così dicasi di altre modalità. È del pari di tutta evidenza che se da un determinato rapporto giuridico originano obbligazioni varie a carico del debitore, può la penale esser diretta a cautelarle tutte ovvero una od alcune soltanto, ed allora per le rimanenti si applicheranno in caso di inesecuzione

(1) § 7 Inst. de verb. obl. 3. 15: «Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri, et in huiusmodi stipulationibus *optimum erit* poenam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid eius intersit». l. 137, § 7 D. de verb. obligat. 45. 1 di VENULEIO: «Si ut aliquid fiat stipulemur *et usitatius et elegantius* esse Labeo ait sic subiici poenam: si ita factum non erit etc.» E più in generale relativamente alle stipulazioni pretorie l. 11 D. de stipulat. praet. 46. 5 dello stesso: «In eiusmodi stipulationibus quae, quanti res est promissionem habent, *commodius* est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur». Ecco dunque lodata la clausola come provvedimento ottimo, comodo e persino elegante, ed attestato in pari tempo come ne fosse frequente l'uso.

le norme della liquidazione giudiziale (o legale se ne ricorrano gli estremi che studieremo nel paragrafo seguente).

La clausola penale ha carattere di obbligazione accessoria (v. s., n. 46, pag. 235), e ciò spiega la disposizione dell'Art. 1210, per cui « la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale » : *accessorium sequitur principale*. Nullo ad esempio un contratto avente una causa immorale, sarà nulla altresì la clausola penale che vi si fosse aggiunta. E perchè, viceversa, l'accessorio non può influire sul principale, s'intende da sè il capoverso del citato articolo, che suona: « La nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione principale ».

Senonchè noi sappiamo per ciò che si è avvertito parlando della cosidetta *culpa in contrahendo*, che potremo avere argomento per riparazione di danni pur non sorgendo o non attuandosi il rapporto giuridico dalle parti contraenti divisato (v. s., n. 118 bis, pag. 503 e segg.) Ed ecco allora possibile la clausola penale in previsione di simili danni (1). Qualche altra ipotesi che pur si suole indicare come eccezionale, inquanto la clausola vi assuma carattere autonomo anzichè accessorio, non mi sembra giuridicamente esatta. Così è del caso in cui taluno sotto una data penale prometta il fatto altrui (2). E di vero anche allora la clausola accede ad un'obbligazione perfettamente valida, ma il cui oggetto immediato si presenta come non coercibile. Infatti lungi dall'*inibire* la promessa di un fatto altrui, soggiungendo soltanto ch'essa può far luogo a risarcimento dei danni (che sarebbe formula analoga a quella usata

---

(1) Credo preferibile questa formula generica all'esame che gli autori sogliono fare di singoli casi, soffermandosi particolarmente su quello della vendita di cosa altrui. Cfr. p. es., fra tanti, DURANTON, *Op. cit.*, T. VI della cit. ediz. belga (XI della francese), n. 328, pag. 304, COLMET DE SANTERRE, *Op. cit.*, T. V, n. 163 bis III, pag. 282, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, § 309 testo e nota 4, pag. 113, LAURENT, *Principes*, XVII, n. 430, pag. 430-431, BORSARI, *Op. cit.*, Vol. III, Parte II, sugli Art. 1209-1210, pag. 521-522.

(2) Cfr. parecchi degli autori indicati nella nota precedente e LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, T. IV, sull'Art. 1227, n. 6, pag. 11-12.

dall'Art. 1459 per la vendita di cosa altrui), si dice tutto all'opposto all'Art. 1129: « *Può* taluno obbligarsi verso un altro promettendo il fatto di una terza persona ». E solo proseguendo a determinare il contenuto di simile obbligazione, si soggiunge: « Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione ». È troppo evidente infatti che, se io prometto a Tizio che Caio gli farà un dato lavoro, l'oggetto che l'obbligazione ha direttamente di mira non è coercibile, non potendo io disporre dell'attività di un terzo (Caio) e vincolarlo a Tizio. Si intende allora per legge il contratto nel senso che ne sia oggetto o l'opera di Caio, o, s'egli non vorrà prestarvisi, il relativo indennizzo a carico di me che l'ho promessa. E se così è, entrando per tal modo l'indennizzo come oggetto (suppletorio) della mia obbligazione, lo si potrà sin dapprincipio tradurre sotto forma di clausola penale. In fine dei conti il resultato pratico è quello stesso che si ha nel caso in cui si prometta non un fatto altrui, ma un fatto proprio, ove sia di quelli che altrove dichiarammo non fungibili, trovando allora perfetta applicazione la massima *Nemo praecise cogi potest ad factum*, sicchè coercibile resta il solo indennizzo se il debitore si rifiuti in via assoluta di prestare la promessa opera propria. E però la clausola penale, considerata, come noi stiamo facendo, sotto il punto di vista di una preventiva liquidazione di danni, agirebbe ugualmente nell'un caso e nell'altro (1).

---

(1) Badisi bene che non intendo di dire che giuridicamente le due posizioni siano identiche. Tengo solo presente il risultato ultimo cui si giunge nelle vie esecutive. Chè, quando si promette il fatto proprio, trattisi pure di opere non fungibili, la citazione e la condanna debbono concernere la precisa prestazione promessa, e soltanto in via subordinata potrà chiedersi e pronunziarsi la condanna pecuniaria pel caso di persistente inadempimento da parte del debitore anche dopo la sentenza. Cfr. l'ampia trattazione che di ciò ho fatta nella cit. mia *Dazione in pagamento*, Vol. I, n. 56 in fine, 57, 57 bis, pag. 135-144. — Il carattere comune fra le accennate due ipotesi (promessa di un fatto altrui e promessa di un'opera propria infungibile) è la non coercibilità, ma questa è cosa che riguarda lo stadio di esecuzione.

Parimenti carattere di obbligazione principale verrebbe ad assumere, secondo l'autorevole parere di molti, la clausola penale nei contratti a favore dei terzi (1). Il principio romano *alteri stipulari nemo potest* motivato con la mancanza di interesse nello stipulante, si è ripercosso nel Diritto moderno, donde la disposizione dell'Art. 1128, 1° comma, del nostro Codice, corrispondente all'Art. 1119 del francese: « Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per sè medesimo. » Ma già il Diritto romano additava nella *stipulatio poenae* l'espediente onde pervenire a quel risultato che non si poteva direttamente raggiungere per difetto di sanzione legale: « Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi stipulationes, ut unusquisque sibi acquirat quo (o quod) sua interest; ceterum ut alii detur nihil interest mea. *Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest*; poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. » Così suona la notissima l. 38, § 17 de verb. obl. 45, 1 di ULPIANO. Non è già che l'accessorio convalidasse il principale, chè sarebbe assurdo, ma invece la *stipulatio poenae* era dessa considerata principale, anzi per essere più esatti era la sola obbligazione validamente assunta sotto la condizione potestativa pel promittente ch'egli non avesse eseguita una data prestazione a favore di un terzo, condizione benissimo apponibile perchè avente un contenuto lecito, chè certo non una causa di illiceità, bensì il preteso difetto di interesse, motivava il divieto di stipulare a favore di terzi (2). Espediente questo che

---

(1) Cfr. la nota 1 a pag. 614, aggiungendovi GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 449, pag. 558 (7ª ediz.).

(2) SJÖGREN, *Op. cit.*, § 6, pag. 50-57 e con lui PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi secondo il Diritto romano e civile* (Innsbruck, Wagner 1898), pag. 171-172 (dello stesso PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi* (Milano, Vallardi, 1912), pag. 186-187).

nel Diritto romano fu usato per molti altri casi dove originariamente si aveano promesse non tutelate o non pienamente dalla legge, quali p. es. le promesse di un *incertum* finchè durò il divieto di dedurle in una *stipulatio* (1); onde si può affermare senz'altro che in Diritto romano, accanto alle due funzioni tante volte ricordate ed oggi pure ammesse, la clausola penale ne ebbe una terza anche più importante per la storia del Diritto, avvegnachè servisse qual ponte di passaggio all'accoglimento di obbligazioni dianzi disconosciute, funzione consistente nel far conseguire indirettamente a negozî sforniti o mal forniti di sanzione legale l'effetto pratico avuto di mira nel porli in essere. Per quanto è dei contratti a favore dei terzi l'indagine se una funzione simile spetti tuttoggi alla clausola penale, va rinviata al titolo dove si parlerà degli effetti dei contratti, che è la sede propria per l'illustrazione del ricordato principio che l'Art. 1128 consacra (2).

Finalmente altro caso in cui la penale appresterebbe un sussidio simile fungendo in realtà quale obbligazione non semplicemente accessoria, lo si avrebbe quando fosse aggiunta ad una obbligazione avente un oggetto non valutabile a danaro (v. s., n. 38, pag. 201-202). Quivi appunto la vera costruzione giuridica per cui viene meno l'applicabilità dell'Art. 1210 è quella di una *obligàtio certi* se non si eseguisca una data prestazione non pecuniariamente estimabile, il che tiene perchè e sinchè la prestazione così posta *in condicione* non sia illecita o impossibile (3).

---

(1) Altri esempi ancora veggansi in BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 10, pag. 16-17.

(2) A chi volesse sin d'ora formarsene un'idea indico, a risparmio di più estese citazioni, quali sostenitori fra noi di opposte tendenze (e non solo su questo punto della clausola penale, ma sul punto capitale dell'estensione da darsi oggidì al divieto di contratti a favore di terzi) da una parte il citato PACCHIONI e dall'altra L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi* (Verona, Tedeschi 1889), specialmente al § 37 pag. 90-92 e al § 50, pag. 122-128.

(3) Insostenibile pare invece la costruzione giuridica che presenta il DE VINCENTIIS, cit. monografia *Della patrimonialità della prestazione* ecc. nel Vol. IV degli *Studî in onore di C. Fadda*, dicendo (pag. 367-368) aversi in tal caso un'ob-

Nella dimostrata natura di obbligazione accessoria propria della clausola penale risiede intanto, a non dubitarne, uno dei caratteri differenziali fra obbligazione con clausola penale e obbligazione condizionale (altri potremo incontrarne in seguito). Ciò che ne induce ad un fugace raffronto fra queste due specie di obbligazioni si è quell'elemento di condizionalità che pure è innegabile connettersi alla clausola penale, dacchè ciò che ne forma l'oggetto dovrà prestarsi *se non* verrà eseguita l'obbligazione principale. Pure l'essere la clausola un accessorio importa, come si vide, ch'essa di regola cade con l'obbligazione principale: nulla p. es. la vendita di cosa già perita al momento della stipulazione (Art. 1461), la penale di cento onde questa si fosse rafforzata non sarà certo dovuta. Chè se invece io prometto a Tizio cento se non gli darò cosa inesistente, si ha un'obbligazione subordinata a condizione necessaria, e però valida e perfettamente attuabile giusta le norme che altrove ho esposto (v. s., n. 49, pag. 247)(1).

135. Prima di esaminare gli effetti della clausola, considerata come preventiva liquidazione dei danni, si presenta la domanda: Quando nella clausola stessa si incorra. È facile rispondere che ciò avverrà quando rimanga ineseguita l'obbligazione, ovvero quando non siano osservate quelle modalità di esecuzione (tempo, luogo e simili), a guarentire le quali la penale è diretta. Ma l'inadempimento così inteso vuol essere imputabile al debitore: manca altrimenti il requisito fondamentale di un'azione di danni non rispondendo il debitore che dell'inadempimento o del ritardo (mora) proveniente da dolo o colpa (2). E dove non è concepibile azione di danni non può funzionare un istituto che mira a liquidarli. Pare opinione og-

---

bligazione alternativa, che si riduce ad obbligazione semplice perchè (art. 1179 Cod. civ.) una delle due cose promesse non poteva formar oggetto dell'obbligazione.

(1) Così anche per Diritto romano. Cfr. BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 18, pag. 22.

(2) Che cosa s'abbia a dire se concorre colpa del creditore con quella del debitore si vedrà *infra* al n. 136 in fine.

gidì dominante che di regola vigesse il principio opposto in Diritto romano (1) e molti testi infatti la suffragano (2): ma se così è, non vi si può che ravvisare una deviazione dalle norme sul risarcimento che pure per Diritto romano presupponeva la colpa dell'obbligato. Com'è possibile affermare che in questo verificarsi della *commissio poenae* anche se non vi è stata colpa da parte del promittente «vediamo manifestarsi il principio del risarcimento dell'interesse, mentre secondo il principio della pena l'inesecuzione dovrebbe essere imputabile al debitore perchè fosse tenuto» (3)? Nè pena nè obbligo di risarcimento ove esula ogni criterio di colpa. Piuttosto io ne trarrei la conseguenza che il Diritto romano attribuì alla *stipulatio poenae* anche l'ufficio di una tacita assunzione dei rischi per parte del debitore, in aggiunta alle tante altre funzioni per cui codesto istituto acquistò in quella legislazione una singolarissima importanza. Nulla di ciò oggidì, non risultando da nessun articolo del Codice (come invece da qualche articolo risulta per taluni casi di *stima* concomitante ai contratti) che alla clausola penale possa mai darsi una simile interpretazione.

C'è chi afferma che si accosta invece per questa parte al Diritto romano il *Codice svizzero delle obbligazioni*, deducendolo a *contrariis* dall'Art. 180 capov. (redazione del 1881, a cui in sostanza è identico l'art. 161 capov. della attuale) ov'è detto «Se il danno eccede l'ammontare della pena, il creditore non può richiedere una maggiore indennità, ove egli non provi la colpa del debitore». Segno dunque, si dice, che inquanto il creditore non esiga niente di più della pena, dalla colpa si prescinde (4). No, io rispondo, non dalla colpa prescinde in tal caso il legislatore svizzero, ma dall'obbligo pel creditore

---

(1) Cfr. BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 33, pag. 44-52, PERGAMENT, *Op. cit.*, § 9, Beilage XV, pag. 61-62 e Autori ivi citati.

(2) l. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. di PAOLO. l. 9 D. de naut. foen. 22. 2 di LABEONE, l. 77 D. de verb. oblig. 45. 1 di PAOLO. l. 67 § 1, D. de furtis, 47. 2 di CELSO.

(3) BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 49, pag. 80.

(4) Così PERGAMENT, *Op. cit.*, § 9, pag. 60.

di provarla, cosa più che normale e che anche da noi dovrà valere come pienamente conforme alle norme di diritto probatorio ove trattisi di inadempimento colposo (v. s., n. 114, pag. 476 e segg.). Stava invece nel successivo articolo di quel Codice, il 181, una speciale limitazione per cui non avremmo potuto dire nemmeno ch'esso interamente concordasse col nostro. Vi si leggeva infatti: « La pena convenzionale non può essere richiesta . . . . . quando l'adempimento del contratto sia divenuto impossibile per fatto del creditore, o per un caso che abbia colpito la sua persona, o *per effetto di forza maggiore* (*höhere Gewalt*). » Essendo infatti per quella legislazione la forza maggiore qualche cosa di diverso e più grave del *semplice caso* (1), e solo quando essa intervenisse ammettendosi esonero del debitore dalla penale, restava possibile pel Codice svizzero del 1881 che la pena si incorresse pure in talune ipotesi di inadempimento non imputabile (motivato da *semplice caso*). Ma questo non può più ripetersi di fronte all'attuale Art. 163, 1.° capov. che con locuzione generica dice non potersi chiedere la pena convenzionale « quando l'adempimento sia diventato impossibile *per una circostanza di cui il debitore non è responsabile*. » (2)

Applicazione pura e semplice di principî già esposti circa la *mora ex re* e la *mora ex persona* è l'Art. 1213, che suona: « Se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre quando il termine viene a scadere: se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora ». Sulla prima parte di questo articolo potremo fondarci per sostenere anche nel nostro Diritto ciò che valeva in Diritto romano giusta la l. 124 D. de verb. obl. 45, 1 di PAPINIANO e la l. 10 § 1 D. si quis caution. in iudicio etc. 2. 11 di PAOLO, che cioè, se anche prima che il termine spiri si renda manifesta l'impossibilità assoluta che il debitore adempia l'obbligazione principale, la penale tuttavia non sarà dovuta che all'espiro del termine. Nel che anche pel nostro Diritto, come

---

(1) Cfr. SCHNEIDER u. FICK, *Op. cit.*, I, sull'art. 181, n. 5, pag. 317.

(2) Sulla differenza di effetti conseguente alle due redazioni cfr. ROSSEL, *Op.* e vol. *cit.*, pag. 203.

altri ha già avvertito pel Diritto romano (1), si ha una nuova differenza fra l'obbligazione con clausola penale e l'obbligazione condizionale, come risulta dal confronto del citato Art. 1213 coll'art. 1168, che verrà a suo luogo illustrato (2).

Trattandosi di obbligazione di *non fare*, come vale il principio che il debitore che vi contravviene è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione (Art. 1220), così la regola sarà che la semplice contravvenzione basti altresì a farlo incorrere nella penale, fermo sempre che trattisi di contravvenzione a lui imputabile.

136. Quanto agli effetti della clausola penale domina sovrano il principio del rispetto dovuto alla volontà degli autori della obbligazione ed alla libertà contrattuale, tanto che nella Relazione Pisanelli vediamo spiegato uno dei principî fondamentali in questa materia, racchiuso nell'art. 1230 che esamineremo bentosto, come un'applicazione pura e semplice dell'Art. 1123, secondo cui « i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti », « arbitri », per usare le parole del PISANELLI stesso, di « regolare le loro obbligazioni nel modo che meglio avviseranno, senza dare facoltà al giudice di modificarle a sua volta sotto l'aspetto di equità » (3). E sempre lo spirito stesso che ha guidata la nostra legislazione, quando non ammise limiti alla libertà degli interessi e quando solo in via eccezionalissima accolse (Art. 1308, 1038, 1529) rescindibilità di contratti per lesione. Ecco perchè, per esagerato che sia l'importo della penale, non può il giudice che la dichiari incorsa moderarlo, come non potrebbe d'altro canto accrescerlo se troppo esiguo. È ciò che si desume appunto dal citato Art. 1230, sul quale ci soffermeremo tra breve. Ad un principio affatto opposto si informano

(1) BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 29, pag. 36.

(2) Sull'*apparente* antinomia fra i citati due testi romani e la l. 113 pr. D. de verb. obl. 45.1 di PROCULO non è mio compito soffermarmi. Veggasi FAGGELLA, *Loc. cit.*, n. 80, 81 a pag. 249-250 della *Riv. crit. di Dir. e Giurepr.*, Vol. II, parte I.

(3) *Relazione Pisanelli* nella Raccolta del GIANZANA, Vol. I, n. 146, pag. 89-90.

altre legislazioni, per dirne una il *Codice austriaco* (1). Il che è a sua volta perfettamente consono allo spirito animatore di quel Codice, che non ammetteva la libertà degli interessi (2) e adottava quale misura generale in tutti i contratti bilaterali e a favore di ambe le parti contraenti il rimedio della rescindibilità per lesione oltre la metà (3). Quando si tenga presente questo diverso spirito delle due legislazioni, si spiega benissimo come scrittori che commentarono il Codice austriaco abbiano sostenuto che il debitore non debba affatto la penale se venga dimostrato che dall'inadempimento dell'obbligazione non derivò al creditore alcun danno (4) e che non si possa invece assolutamente accogliere simile conclusione presso di noi (5). Fu ben detto difatti in ordine al *Codice francese*, e può ripetersi per il nostro, che l'effetto della clausola penale è di de-

---

(1) *Cod. civ. austriaco*, § 1336 « I contraenti possono specialmente convenire che nel caso in cui la promessa o non venga menomamente adempiuta, o non nel modo dovuto, o venga adempita troppo tardi, sia prestata in luogo di riparazione del danno una determinata quantità di danaro o di altra cosa. [Tuttavia nel mutuo non può dal giudice per questo titolo di mora al pagamento aggiudicarsi una quantità maggiore del massimo legittimo interesse]. In altri casi, se il debitore prova essere eccedente (meglio si direbbe eccessiva) la pena convenzionale, il giudice, sentite ove occorra esperte persone, deve moderarla. » A questo articolo nella parte che abbiamo chiusa fra parentesi quadre derogò una Legge austriaca del 14 Giugno 1868.

(2) Cfr. il § 994 del *Codice civ. austriaco*, nonchè la Notificazione governativa del 14 Maggio 1847.

(3) *Cod. civ. austriaco*, § 934.

(4) Così p. es. ELLINGER, *Manuale del Dir. civ. austriaco* (traduz. ital. ROTONDI), Vol. II (Milano, Anzione 1853), sul § 1336, pag. 318, BASEVI, *Annotazioni pratiche al Cod. civ. austriaco* (Milano, Bolchesi 1859), sul § 1336, n. 1, pag. 640.

(5) Il solo a sostenerla, ch'io sappia, era stato il CHIRONI nella 1ª ed. della *Colpa contrattuale* (n. 265, pag. 283-284). Ma anch'egli si è ricreduto nella 2ª edizione (n. 265, pag. 598-599), mal ricorrendo però al concetto di *pena* ch'egli ravvisa nella clausola. Oggidì fra noi la tesi contraria alla nostra ha trovato di nuovo un sostenitore nel FAGGELLA, *loc. cit.*, n. 62, pag. 230-237 non per altro che per la repugnanza (certo esplicabile e quasi direi istintiva) ad accordare compenso ove manca il danno.

terminare i danni a priori e *à forfait* (1) e così serve appunto a troncare le difficili questioni sull'esistenza e sull'ammontare dei danni stessi, giusta il concetto assai ben espresso da ULPIANO nella citata l. 38 § 17 de verb. obl. 45, 1: «committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis». Che più? È così connaturale al concetto della clausola penale che si debba prescindere dall'esaminare se danno realmente ci fu, che troviamo persino una legislazione la quale ammette la moderabilità di una penale eccessiva, ed esclude invece la ricerca sull'esistenza o no del danno. Alludo al *Codice svizzero delle obbligazioni*, dove l'Art. 163 dispone: «L'ammontare della pena convenzionale è lasciato all'arbitrio delle parti» ma «il giudice *deve ridurre* secondo il suo prudente criterio le pene convenzionali eccessive» (2); mentre all'art. 161, 1. comma, (180 del Codice del 1881) si legge: «La pena convenzionale è dovuta sebbene non sia derivato alcun danno al creditore». Certo però che un tale sistema pecca di incoerenza.

Senonchè il principio che il giudice non possa moderare l'importo della pena soffre una limitazione assai razionale nel caso in cui l'obbligazione fosse stata eseguita in parte. Dispone infatti l'Art. 1214: «La pena può essere diminuita dal giudice, allorchè l'obbligazione principale è stata eseguita in parte». Badisi però che anche allora questa moderazione della pena non è un obbligo, ma una facoltà per il giudice, il quale si regolerà (è comune insegnamento, sicchè ometto ogni citazione in proposito) col criterio dell'utilità che dalla prestazione parziale ritrasse o no il creditore. Esempio. Di cento ettolitri di grano che Tizio avea promesso di consegnarmi pel tal giorno, pena mille lire, me ne consegna, ed io ricevo, cinquanta. È giusto allora che di una metà il giudice riduca la penale. «

(1) Fra altri cfr. AUBRY e RAU, *Op. cit.*, T. IV, § 309, pag. 114.

(2) Analogo era l'art. 182 del Codice del 1881: solo ch'egli diceva *potere* e non già *dovere* il giudice ridurre le pene convenzionali eccessive.

così fu pure deciso nel caso analogo di un impresario teatrale che si era impegnato verso il Comune di Napoli, sotto una data penale, ad una serie di rappresentazioni e non ne aveva date che una parte (1). Ma se invece la parte di prestazione compiuta non profitti per nulla al creditore, come avverrebbe se Tizio, che aveva assunto per me il mandato di compiere un dato affare, vi dà principio e poscia lo tronca, è evidente che il giudice farà bene a non diminuire la pena.

Altro caso di riduzione della penale si avrà, in armonia a ciò che fu esposto sulla colpa comune (v. s., n. 115, pag. 492-494) quando si abbia a ridurre la sopportazione dei danni pel debitore attesa la concorrente colpa del creditore. Allora se, anzichè l'adempimento in forma specifica eventualmente impossibile, il creditore chieda i danni e per essi la pattuita penale, la proporzione della sopportazione dei danni in conformità alla rispettiva colpa si proietterà sulla penale stessa e il creditore non ne avrà che una parte.

In questa materia che concerne le restrizioni alla penale ammesse o non ammesse dalle varie legislazioni nell'interesse dei debitori, per preservarli da immoderati oneri, i quali tanto più facilmente si promettono inquanto si calcola che non verrà il caso di soggiacervi, merita speciale menzione il *Landrecht prussiano*, che non permetteva si andasse più in là del doppio dell'interesse e voleva che il giudice a questo limite riducesse la penale che lo sorpassasse (2). Nel che forse si rispecchiava una inveterata misintelligenza della nota l. un. Cod. de sent. quae pro eo q. i. prof. 7, 47 (3). Quando poi ora si tengano

---

(1) Definitivamente in sede di rinvio decideva così la Corte d'appello di Napoli in causa Fall. Busso c. Comune di Napoli con Sent. 11 Marzo 1898 (*Monit. dei Trib.* XXXIX, pag. 816). In senso diametralmente opposto Corte di Appello di Roma in causa Comune di Roma c. Cesari, Sentenza 7 luglio 1896 (Rep. 1896 del *Fôro it.*, col. 938 A).

(2) *Allgem. Preuss. Landrecht*, I. Th., 5 Tit., § 301. Dopochè nel precedente § si è posta la massima del rispetto alla convenzione delle parti quanto alla penale pattuita in contratti diversi dal mutuo, il 301 dispone: « Wird jedoch dadurch der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesse überstiegen, so muss der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermässigen ».

(3) Cfr. BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 5, pag. 7.

presenti il *Codice civile germanico* del 1896 e il *Codice commerciale germanico* del 10 maggio 1897, entrati contemporaneamente in vigore, si ha che a partire dal 1900 si fa distinzione in Germania su questo argomento della moderabilità della penale, secondochè trattisi di materia civile o commerciale: moderabile la pena in civile (1), non lo è affatto in commerciale (2). Della qual differenza i compilatori del Progetto di Codice commerciale tedesco hanno addotte ragioni in verità poco persuasive invocando (traduco quasi alla lettera) prima di tutto il fatto che in commercio si deve far assegnamento più che in civile sull'adempimento puntuale ed esatto di ogni obbligazione, e poi la presunzione generale che un negoziante sappia apprezzare al suo giusto la entità dell'impegno che assume, sottoponendosi ad una data penale per la ipotesi di inesecuzione di un contratto (3). Senza prendere qui partito sulla convenienza di unificare il Diritto civile e il commerciale (v. s., n. 3, pag. 18), questo bensì affermo che potranno ammettersi norme diverse inquanto ne derivino al commercio maggiore speditezza di contrattazioni, agevolezza di forme e forse anche gravità di sanzioni per la molteplicità degli interessi che vi si connettono, ma che, dove invece è questione di buona fede e di moralità, la coscienza giuridica oggimai si ribella ad usare due pesi e due misure. E se l'essere obbligati ad osservare una clausola penale esorbitante pare cosa immorale e inammissibile in civile, non può diventar lecita in commerciale, nè, ove la cosa patentemente risulti, gioverà invocare la presunzione generica dell'avvedutezza dei commercianti, che il fatto nel concreto caso smentirebbe.

---

(1) *Bürg. Gesetsb. f. d. d. R.* § 343: «Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden» Tuttavia «Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen».

(2) *Handelsgesetzb. u. s. w.* § 348: «Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des §. 343 des bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden». Del resto per alcuni paesi della Germania, per es. quelli retti dal *Landrecht prussiano*, la differenza in proposito esisteva anche prima fra la materia civile e la commerciale, poichè il Codice di commercio germanico del 17 Dicembre 1862, all'Art. 284 disponeva: «La pena convenzionale non è soggetta ad alcuna limitazione quanto all'importo: essa può sorpassare il doppio dell'interesse».

(3) *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift* (amtl. Ausgabe, Berlin, Guttentag 1896), sul § 320 del Progetto, pag. 194.

Ma sovrattutto merita un cenno per la sua singolarità la legislazione *rumena*. In Rumania non vi è limite all'interesse convenzionale (L. 9 Dicembre 1882): d'altra parte una Legge del 20 Febbraio 1879 dichiara che nei contratti di prestito o di prestazioni in natura (per i quali dai lavori preparatorî della Legge risulta doversi intendere contratti agricoli conclusi fra contadini e proprietari o affittanzieri) è assolutamente nulla ogni clausola penale, anche se mascherata sotto un'altra forma o risultante dalle condizioni nelle quali l'atto si è stipulato. Ora si ammette da scrittori e giudicati rumeni che un interesse esorbitante sia una delle forme onde mascherare la penale vietata, sicchè i tribunali possano ridurlo al tasso legale (5 % in civile, 6 % in commerciale) (1). Così la libertà nella misura degli interessi conceduta con una mano sarebbe tolta con l'altra.

L'esempio di tante legislazioni meno feticiste della nostra sul punto del rispetto alla libertà contrattuale non può non colpire. Certo si è che talora si presentano anche dinanzi ai nostri tribunali dei casi in cui è patente l'enormità di certe penali che eccedono i limiti del ragionevole e dell'onesto. Qualche giudice alla Magnaud ha tentato allora di sfuggire alle pastoie del nostro Codice eccessivamente liberista, ma non tardò la sua decisione ad essere riformata in appello. Francamente, anche qui *oportet ut eveniant scandala* a incitamento del legislatore per opportune riforme e non perchè i giudici possano arbitrarsi di contravvenire alla legge esistente (2).

Come non può di regola moderare, così, abbiamo detto, non può il giudice elevare l'importo della penale, anche se il creditore volesse e potesse dimostrare ch'egli soffre un danno più rilevante. Stavano altrimenti le cose per Diritto romano, che, se non permetteva riduzione della penale pattuita, accordava invece, almeno trattandosi di contratti di buona fede, che

---

(1) Cfr. su tuttociò Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Romanie* (Paris, Chevalier-Marescq 1897), pag. 340-341.

(2) Veggasi un esempio che potrei dire tipico e che richiama alla mente gli abusi delle vendite di mobili a rate (altra materia su cui provvide norme di legislazione sociale mancano da noi, mentre esistono in Germania ed in Austria) in una sentenza 17 Agosto 1911 del Tribunale di Milano (causa De Cristoforis. c. Società milanese degli Alberghi, riformata dalla Corte d'Appello di Milano con sent. 2 Febbraio 1912 in *Monitore dei Trib.*, LIII (1912), pag. 294-295.

il creditore, ottenuta la pena, esperisse l'azione contrattuale per conseguire quanto ancora mancasse eventualmente al completo indennizzo. Non ho che da rinviare al chiaro disposto della l. 28 D. de act. emt. et. vend. 19, 1 di GIULIANO e delle l. 41 e 42 D. pro socio 17, 2 di ULPIANO. Nè mancano moderne legislazioni fedeli in questa parte al principio del Diritto romano: tali, ad esempio, il cessato *Codice commerciale germanico del 1862* (1) il *Codice svizzero delle obbligazioni* (2) e il *Codice civile germanico* (3).

L'unanimità dei nostri civilisti nel riconoscere che il patrio legislatore ha voluto sanzionare coll'Art. 1230 il principio opposto a quello del Diritto romano è rotta da una sola voce discorde, quella del ch. Prof. DELOGU (4) per ciò che riguarda la clausola penale (5). Ma gli argomenti ch'egli adduce non mi persuadono. Gli pare contraria la conclusione nostra alla finalità della clausola penale, che perderebbe la sua funzione di guarentire al creditore l'adempimento dell'obbligazione principale, funzione che conserva solo inquanto rappresenta un vincolo pel debitore più pesante dell'obbligazione a cui accede. Si verrebbe poi a ritorcere in danno del creditore un provvedimento diretto a vantaggio di lui, poichè «se supponiamo che l'obbligazione per l'avvicendarsi dei fatti sia diventata molto onerosa per il debitore, e se questi non può esser costretto che a pagare la pena stipulata, la quale sarebbe molto inferiore ai danni che egli dovrebbe pagare se la stipulazione non si fosse fatta, dovremo facilmente capire che il

---

(1) Art. 284, ult. capov.: «La stipulazione di una pena convenzionale non esclude in dubbio il diritto ad un risarcimento di danni che ne superi l'importo».

(2) Cfr. l'Art. 161 capov. già citato a pag. 619, dove si rilevi la singolarità che allora il creditore debba provare la colpa del debitore inadempiente.

(3) § 340 capov. «Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen». Cfr. pure § 341, 1° capov.

(4) DELOGU, *Sui diritti del creditore nelle obbligazioni con clausola penale*, nel periodico *Il Gravina*, I (Catanzaro, Asturi 1883), pag. 49-57.

(5) Vedremo in seguito un'analoga, quanto del pari isolata, interpretazione di M. SARFATTI per ciò che riguarda la *caparra*.

debitore trova il suo tornaconto a rendersi inadempiente, e perciò preferirà valersi della clausola penale e ad essa ubbidire ». Tutto il ragionamento del DELOGU, che potrebbe avere certamente qualche peso *in iure condendo*, poggia *in iure condito* sopra l' inconveniente di continuar a considerare la penale sotto il solo aspetto, o funzione che dir si voglia, di stimolo all'adempimento dell'obbligazione anche quando, essendosi verificato ormai l'inadempimento, non viene in campo che l'altra funzione della clausola, consistente nella previa valutazione dei danni. Valutazione fatta, come si disse, *à forfait* e producente pur sempre un vantaggio pel creditore, quello cioè di dispensarlo affatto dall'*onus probandi*. E poi il rigore logico dovrebbe condurre il nostro egregio avversario a concludere che qualche cosa oltre alla penale si dovesse aggiudicare al creditore anche allora che la penale rappresenti appuntino il risarcimento del danno; perchè anche allora essa avrebbe perduto il suo ufficio di stimolo pel debitore all'adempimento della obbligazione principale ! Il che è manifestamente assurdo. Ma sovrattutto contro l'opinione che stiamo combattendo sta il testo dell'accennato Art. 1230, che è venuto ora il momento di riportare letteralmente. Nella prima parte esso dice: « Quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, *non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore* ». Poi il capoverso soggiunge: « *Lo stesso ha luogo* se l'accertamento dei danni è fatto *sotto forma di clausola penale*, o mediante caparra data al tempo del conchiuso contratto ». Senonchè il DELOGU, lungi dall'arrendersi, obbietta che il capoverso non allude nè può alludere alla vera e propria clausola penale, sia per l'ubicazione sua ch'è fuori della Sezione consacrata alle obbligazioni con clausole penali, sia perchè il predetto articolo parla di accertamento di danni fatto *sotto forma* di clausola penale, onde è a ritenersi contempli quel patto d' indennità che, se può essere espresso con formula penale, sostanzialmente però differisce dalla vera clausola e si risolve in una valutazione dei danni fatta quasi per anticipata transazione. Ma tuttociò non regge, a mio avviso, per i seguenti motivi. Nulla significa il posto che la disposizione in esame tiene nel Codice, il quale non è certo un trattato sistematico, e che troppo spesso del resto dà occasione a censure per l'ordine seguito nella trattazione dei varî istituti. E poi l'Art. 1230 fa nel capoverso altresì l'ipotesi di accertamento di danni fatto *mediante caparra* (non dice sotto *forma* di caparra), e la caparra vera e propria, ch'è, a non

dubitarne, ivi contemplata, ha pur essa la sua propria sede nella Sezione della clausola penale, come tosto vedremo (Art. 1217): e però l'argomento dell'ubicazione non serve per la clausola come non serve per la caparra. Passando poi alla formula usata dal legislatore, io domando che cos'altro può essere se non vera e propria clausola penale un previo accertamento di danni sotto forma di clausola, postochè questa è appunto, per esplicito disposto dell'Art. 1212, compensazione dei danni che soffre il debitore per l'inadempimento dell'obbligazione principale. In altre parole la previa valutazione dei danni può farsi in più modi e forme: una di queste forme è la clausola penale e l'Art. 1230, chi lo legga senza preconcetti, stabilisce l'invariabilità della valutazione anche quando è fatta in detta forma, cioè mediante pena convenzionale. Tanto è ciò vero, che nella Relazione Pisanelli, là dove si rende la ragione del principio accolto nell'Art. 1230 capov., si parla senz'altro di pena convenzionale, e non già di un *quid simile* ad essa. Eccone le testuali parole (e non monta per la nostra tesi che siano dirette ad illustrare piuttosto quella parte dell'articolo che vieta al giudice di attribuire al creditore una somma minore): « La prima conseguenza dell'adottato principio [quello dell'Art. 1123] è, che quando le parti abbiano *stabilita una pena* pel caso di non esecuzione o di ritardato adempimento dell'obbligazione, il giudice non potrà ridurla siccome eccessiva. Ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto, è un voler surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti, è una contraddizione manifesta alla regola proclamata da tutti i Codici che: *I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti* (Art. 1230) » (1).

136 bis. Ora si presenta la domanda, se verificandosi l'inadempimento o il non esatto adempimento dell'obbligazione, il creditore possa chiedere la sola penale e non più l'esecuzione in forma specifica, se tuttavia possibile, o se possa a sua scelta chiedere l'una cosa o l'altra, o se finalmente possa chiedere e l'una e l'altra assieme.

Quest'ultima soluzione, sarebbe stata adottata dal *Codice austriaco*, se stiamo all'opinione dominante fra i commentatori di esso, e ciò in virtù del § 1336, che suona: « Il pagamento

(1) *Relazione Pisanelli* in GIANZANA, *Raccolta* I, n. 146 pag. 89-90.

della pena convenzionale, tranne il caso di un patto speciale, non libera dall'adempimento del contratto ». Opinione che mi pare in contrasto con tutto lo spirito già rilevato di quella legislazione, onde io aderirei piuttosto all'altra interpretazione, che autori pur valenti danno alle citate parole del § 1336. Esso cioè non significherebbe che possa il creditore esigere di cumulare e la prestazione principale dovutagli e la pena convenuta, ma bensì che non possa il debitore pretendere di liberarsi col pagamento della penale, datochè il creditore preferisca invece l'adempimento tuttavia possibile dell'obbligazione (1).

Checchè sia di ciò, tornando al Codice nostro, diremo essere presso di noi regola che il creditore non possa domandare al tempo stesso la prestazione principale e la pena, salvochè la pena sia stata fissata pel semplice ritardo (Art. 1212 capov.). In quest'ultimo caso infatti l'ammontare della pena non è il surrogato dell'intera prestazione, ma rappresenta l'interesse che si aveva a che essa venisse eseguita nel tempo debito e risarcisce il danno derivante dall'inosservanza di questa speciale modalità (il *dies*). E ciò che vale pel *dies* deve applicarsi ad altra modalità come il luogo, sicchè preferibile alla nostra per la maggiore sua generalità è in questa parte la locuzione dell'Art. 160 del *Codice svizzero delle obbligazioni*, che dice: « Allorchè fu pattuita una pena per l'inadempimento o l'imperfetto adempimento del contratto, il creditore non può pretendere, salvo patto contrario, che l'adempimento o la pena. *Se la pena fu pattuita per l'inosservanza del tempo o del luogo dell'adempimento potrà essere richiesta oltre l'adempimento* » (2). Si soggiunge

---

(1) Cfr. in quest'ultimo senso NIPPEL, *Commento sul Cod. civile gen. austriaco*, Vol. VIII, sul § 1336, n. 5 (trad. it., Pavia, Bizzoni 1842), pag. 227-228, HASENÖHRL, *Op. cit.*, I, § 41, pag. 516, nota 34 e PERGAMENT, *Op. cit.*, § 9, pag. 55 e segg. Nei due ultimi specialmente si trova una estesa bibliografia sulla questione. Agli autori ivi indicati aggiungasi ora nel predetto senso KRASNOPOLSKI, cit. *Oesterr. Obligationenrecht*, § 22, pag. 118-119.

(2) Sostanzialmente conforme era l'art. 179 del Codice del 1881: solo ch'esso nella prima parte non poneva che la ipotesi di pena « pattuita per l'inadempimento del contratto », mentre ora il riferito art. 160 capov. vi pareggia il caso di pena

(ed anche questo è razionale) non valere più tale norma se il creditore vi abbia espressamente rinunciato o abbia accettato l'adempimento senza riserva. Concorda in tutto col Codice svizzero il § 1429 del *sassone*. E più generica di tutte e lodevole è la dizione adottata dal *Codice civile germanico*. Dopo aver stabilito al § 340 che, fissata la pena pel caso di inadempimento, il creditore ha la scelta fra il chiedere l'adempimento o la pena, il legislatore tedesco nel successivo paragrafo dichiara che può chiedere l'una cosa e l'altra se la pena fu promessa per il caso che il debitore non adempia l'obbligazione nel debito modo, in particolare non nel tempo determinato (1).

Senonchè alla regola che vieta il cumulo della penale e della prestazione dovuta fa eccezione il nostro Codice di commercio in materia di *trasporti*, disponendo all'Art. 414: «Se al contratto di trasporto fu aggiunta una clausola penale *per l'inadempimento o per il ritardo* alla riconsegna, si può sempre domandare l'esecuzione del trasporto e la pena». In sostanza gli è come dire che nel contratto di trasporto la penale si considera sempre come stipulata pel ritardo, nel quale l'inadempimento si risolve, posto che l'esecuzione specifica del contratto è possibile ancora ad ottenersi e per legge si ottiene,

Nè è questo il solo punto in cui il legislatore commerciale ha adottate massime più rigorose delle civili quanto alla penale in fatto di trasporto. Il 2.° capov. infatti del citato articolo 414 dichiara che «qualora si provi che il danno sofferto è superiore alla pena, può chiedersi il supplemento». Risulta dai lavori preparatorî del Codice di commercio essersi discussa l'opportunità di trattare la penale in tutti i contratti commerciali con questo maggior rigore, ma si finì col restringere ai soli trasporti le deroghe predette alle norme del Diritto

---

stabilita per l'*imperfetto adempimento*. Però è evidente che s'ha da intendere imperfezione diversa da quella consistente nella inosservanza del tempo o del luogo debito, postochè a questa si riferisce il capoverso.

(1) *Bürg. Gesetzb. u. s. w.* § 341: «Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen».

civile, in vista della speciale importanza e frequenza di tali contratti e dei danni enormi che possono derivare dall'inadempimento di essi (1). Però il curioso si è che si dichiarò altresì espressamente al 1.° capov. dell'Art. 414: « per il conseguimento della pena non si richiede la prova del danno », con la ferma convinzione di introdurre con ciò in materia di trasporti un'altra eccezione alle norme del Diritto civile, onde come tale alcuni commercialisti considerano quel capoverso (2). Sappiamo invece trattarsi qui di un principio non eccezionale ma pienamente conforme al nostro Diritto civile (v. s., pag. 622) (3).

Parimenti dobbiamo rammentare la disposizione singolare relativa al contratto di transazione, contenuta nell'Art. 1767 capov. del Codice civile. Il 1.° comma dichiara che « Nelle transazioni si può stipulare una pena contro chi non le adempie ». Poi si soggiunge: « Questa pena tiene luogo di compenso pei danni cagionati dal ritardo, fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione ». Risulta chiaramente da queste parole

---

(1) Cfr. *Atti della Commissione* [del 1869] *incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel Cod. di commercio*, 2.ª ediz., Vol. I (Roma, Ripamonti 1884), Verb. LXXXVII, Torn. del 17 Giugno 1870, n. 423, pag. 485-488 e *Relazione Mancini-Pasquali* alla Camera dei Dep. nella Tornata 23 Giugno 1881 (Legislat. XIV, Sess. I), n. XLIX, pag. 44.

(2) Così, p. es. il VIDARI, *Corso di Dir commerciale*, Vol. IV (5.ª ediz., Milano, Hoepli 1903), n. 3214, pag. 73 e il CALUCI nella 1ª edizione del suo commento sul *Contratto di trasporto*, costituente il Vol. IV del *Codice di commercio italiano commentato* (Verona, Drucker e Tedeschi 1883), sull'Art. 414, n. 319, pag. 400-401. Ma posteriormente il CALUCI, riferita la mia critica, non fa più sua quella dichiarazione e la riporta soltanto come pensiero enunciato nelle relazioni ministeriali (*Op. cit.*, nel Vol. V della 3ª edizione, Torino, Unione 1909, n. 316, pag. 384). Rettamente invece considerano la cosa il MARGHIERI, *Il Diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, Vol. II (Napoli, Marghieri 1886), § 152, pag. 459, il BRUSCHETTINI *Del contr. di trasporto* nel *Comment. del Cod. comm.* edito a Milano dal Vallardi, n. 81, pag. 379 e il DE TULLIO, ivi citato.

(3) Poichè abbiamo toccato l'argomento del trasporto in relazione al nostro tema, noto altresì l'inapplicabilità della clausola penale ai contratti di trasporto per ferrovia, che non possono farsi a condizioni diverse da quelle stabilite nelle Tariffe. Cfr. MARCHESINI, *Del contratto di trasporto per strada ferrata*, Vol. II (Torino, Unione 1888), n. 398, pag. 351-352, VIVANTE, cit. *Trattato di Dir. comm.*, Vol. IV (3ª ediz.), n. 2185, pag. 759.

che nelle transazioni si presume sempre *iuris et de iure* fissata la penale in considerazione del ritardo. Il capoverso citato, che non ha riscontro nel *Codice francese* (Art. 2047), ha risoluta così una questione che si agita fra i commentatori di quel Codice, e l'ha risoluta nel senso già accolto dai Codici *sardo* (Art. 2086), *parmense* (Art. 1873) ed *estense* (Art. 1845). Che sia poi soluzione conforme agli insegnamenti del Diritto romano, può dubitarsi, benchè molti lo credano invocando la l. 16 D. de transact. 2, 15 di ERMOGENIANO, la l. 122 § 6 D. de verb. obl. 45, 1 di SCEVOLA e la l. 37 Cod. de transact. 2, 4 degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO (1).

Tornando alla regola ch'è il divieto del cumulo, e però l'opzione pel creditore fra l'esigere la prestazione e il domandar la penale, potrebbesi credere che dunque un'obbligazione afforzata da clausola penale non fosse nè più nè meno che un'obbligazione alternativa con diritto di scelta nel creditore. Altra volta abbiamo lasciata intuire l'affinità fra le due specie di obbligazione (v. s., n. 40, pag. 207-208), ma farne un tutt'uno sarebbe erroneo. Non ci sono *ab origine duae res in obligatione*, ma bensí una sola, cioè la prestazione principale; solo avveratosi l'inadempimento dell'obbligazione, sorge il diritto di scelta fra quella ed altra prestazione costituita dalla penale (2). E però avremo sino a quel momento conseguenze giuridiche diametralmente opposte a quelle proprie delle alternative (3).

---

(1) Veggasi la questione in BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 42, pag. 63-67. Egli nega per Diritto romano il cumulo. Noto di passaggio che dall'art. 1767 la Corte di Appello di Milano, con sentenza 26 febbraio 1913 (causa Società « United Dutch Marine etc. » c. Soc. « L'Univers ») in *Monit. dei Trib.*, LIV (1913), pag. 596, ha creduto di trarre l'argomento decisivo per concludere non essere dunque applicabile alla transazione l'Art. 1165 (cosidetta condizione risolutiva tacita). Avrei dei forti dubbi sulla bontà di tale deduzione. Ricordo a sostegno della medesima tesi, ma sovrattutto appoggiandosi ad altro argomento, cioè alla equiparazione della transazione a sentenza irrevocabile, CARONES, *La condizione risolutiva sottintesa nella transazione*, in *Monit. dei Trib.*, LV (1914), pag. 81-86.

(2) Cfr. CHIRONI, *Op. cit.*, n. 261, pag. 589, nota 4.

(3) Le specifica il GIORGI, *Op.* e *Vol. cit.*, n. 454, pag. 568.

Non diremo nemmeno che l'obbligazione munita di clausola penale si risolva in un'obbligazione semplice accompagnata da *facultas alternativa,* perchè non siamo nel caso di un debitore che possa dare a suo piacimento, ma bensì di un creditore che a suo piacimento può esigere *aliud pro alio,* rimasto che sia insoddisfatto il debito.

Le cose però sin qui discorse indicano a sufficienza quanta oculatezza praticamente si richiegga per decidere caso per caso se si tratti di clausola penale o non piuttosto di altre figure giuridiche affini, quali sono appunto le obbligazioni alternative, le *facultates alternativae* e le obbligazioni condizionali, con le quali pure si è avuta occasione di raffrontarla. Nel dubbio si interpreterà la volontà degli autori dell'obbligazione nel senso ch'essi abbiano voluta quella fra le predette specie di obbligazioni che torna meno gravosa per il debitore (1).

137. Escluso di regola il cumulo, vedemmo essere in facoltà del creditore l'esigere o la prestazione principale, se tuttavia possibile, ovvero la pena. Quello poi ch'è sempre fuor di dubbio inquanto si tratti di vera clausola penale, nè consti di una diversa volontà delle parti, si è che non può il debitore pretendere di pagare la penale e di sottrarsi con ciò all'esecuzione dell'obbligazione. Non può evidentemente ciò che deve, fra altro, servir di stimolo al debitore per l'adempimento della sua obbligazione fornirgli una scappatoia per non eseguirla. Senonchè è lecito alle parti di stabilire che la cosa proceda così, ed abbiamo allora una figura giuridica diversa dalla clausola penale, sulla cui origine romana o germanica si disputa (2), cioè la *mulcta poenitêntialis* o *pena di recesso.* Il Codice nostro ha il torto di non occuparsene, a differenza di altre legislazioni. Mi basterà ricordare in proposito il § 909 del *Codice austriaco,* ove sono posti tali principî, che dovranno applicarsi anche da noi nel silenzio del Codice, tanto si presen-

---

(1) Cfr. STAMMLER, *Op. cit.*, § 47, pag. 160. Veggasi pure l'Art. 1137 del Codice.

(2) Cfr. BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 52, 53, pag. 82-84.

tano razionali. Dice precisamente quel paragrafo: «Se nel contratto si determina una certa quantità che l'una o l'altra delle parti si obbliga di dare nel caso che volesse prima dell'adempimento ritirarsi dal contratto, il contratto dicesi conchiuso verso pena di recesso. In questo caso o si deve eseguire il contratto, o si deve soddisfare la pena. Chi ha eseguito anche in parte soltanto il contratto o chi ha accettato ciò che l'altro contraente diede in adempimento sebben parziale del medesimo, non può più ritirarsi nemmeno col prestare la pena» (1). Considerazioni analoghe a quelle esposte per la clausola penale servono a dimostrare l'intrinseca differenza fra la *mulcta poenitentialis* e l'obbligazione alternativa con diritto di scelta nel debitore. Si distingue poi dalla *facultas alternativa* perchè è mezzo onde risolvere e non già onde eseguire l'obbligazione (2).

137 bis. A titolo di chiusa sull'argomento della clausola penale (3) accenno che la si può trovar stipulata in contratti (di appalti, forniture ecc.) con Amministrazioni dello Stato, come apertamente dichiara l'Art. 50 del Regolamento 4 Maggio 1885, n. 3074 per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, dov'è prescritto che, ricorrendo tali clausole, esse devono essere determinate nei capitoli d'oneri approvati dal rispettivo ministero. Di particolare in tal caso (seguendosi per tutto il rimanente le norme sovraesposte) vi ha soltanto la disposizione dell'Art. 47 del citato Regolamento, per cui «dovrà sempre sentirsi il parere del Consiglio di Stato,

---

(1) A torto dunque lo ZEILLER nel suo *Commento al Codice civile austriaco*, T. V (Milano, Destefanis 1816), sul § 1336 n. 4, pag. 365, nota 1, dice che il Codice Napoleone, con lo stabilire all'Art. 1229, corrispondente al nostro 1212, non potersi cumulare pena e adempimento salvo il caso di penale stipulata pel ritardo, considera la pena convenzionale piuttosto come una specie di multa di pentimento. Ciò che si è detto nel testo segna la profonda differenza fra i due istituti pur trattandosi di legislazioni escludenti il cumulo quando di vera clausola penale si tratti.

(2) Cfr. BERTOLINI, *Op. cit.*, n. 51, pag. 82, CHIRONI, *Op. cit.*, n. 261, pag. 589-590, nota 5 in fine.

(3) Dietro l'esempio del FELICI, v. *Clausola penale* in cit. *Dizionario* dello Scialoja, Vol. II (pag. 79-80), n. 9, pag. 80.

qualunque sia l'oggetto ed il valore del contratto, nei casi in cui si tratti di riconoscere se siano in tutto od in parte inapplicabili le clausole penali, qualunque ne sia la somma, stipulate a carico de' fornitori ed appaltatori ». Fosse pure a luce meridiana evidente che l'inadempimento non è imputabile al fornitore od appaltatore ma proviene da caso fortuito, l'Amministrazione dello Stato non potrà esonerare dalla penale se non previa osservanza della norma ora trascritta (1).

138. Può accadere in fine che non semplicemente *si pattuisca di dare* alcunchè pel caso di inadempimento, ma *si dia in fatto* una somma di danaro od altra cosa dall'una parte all'altra sempre in previsione dell'inadempimento; e ciò o all'atto stesso in cui si pone in essere l'obbligazione, od anche posteriormente. Abbiamo allora la cosidetta *caparra*. Della quale il nostro Codice ha il merito di essersi occupato nella parte generale delle obbligazioni (Art. 1217), seguendo l'esempio del *Codice austriaco* (§ 908) e dipartendosi dal *francese*, che la considera solo in relazione alla promessa di vendere (Art. 1590) (2), ma d'altro canto ha il torto di essere stato troppo parco di norme nel disciplinarla.

Ora per la caparra (romanamente *arrha*) si presentava il quesito se la si dovesse considerare data, verificandosi poi l'inadempimento dell'obbligazione, a titolo di pena convenzionale, o a titolo di multa penitenziale o ad un titolo eventualmente diverso da quei due. E il nostro legislatore ha accolta la prima di codeste soluzioni, salva la prova di una diversa volontà delle parti. Dice infatti il citato Art. 1217: « Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'ina-

---

(1) Cfr. Giorgi, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 463, pag. 585-586 (7ª ed.) e *La dottrina delle persone giuridiche*, Vol. II (Firenze, Cammelli 1891) n. 199, pag. 411-412, ove si nota altresì che le penali più in uso dei Capitolati generali sono quelle di mora.

(2) Il Codice francese fu in ciò seguito, fra altri, dall'*albertino* (Art. 1596).

dempimento della convenzione, e si dice caparra. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che ha data ». Concorre ad eliminare ogni dubbio su questo carattere, voluto attribuire presso di noi alla caparra, l'Art. 1230 capov. che abbiamo già illustrato. E si spiega così come taluno la denomini altresì clausola penale *impropria* (1), distinta dalla *propria* solo perchè ciò che ne forma l'oggetto si presta, o per dir così si deposita antecipatamente, prima cioè che per inadempimento dell'obbligazione nella penale si incorra. All'evenienza poi si applicheranno tutte le norme già illustrate che regolano la pena convenzionale, importantissima fra altre quella che, se il creditore non preferisca agire per l'adempimento specifico dell'obbligazione, ovvero non lo possa per l'originaria indole sua o per circostanze sopravvenute, non potrà a titolo di danni chiedere niente più che l'importo della caparra. Ora fu giustamente notato che il nostro legislatore adottò così un principio contrario agli usi della vita pratica, secondo i quali la penale suol essere quasi sempre superiore all'ammontare del danno, la caparra invece rappresenta sempre un valore minore, e che perciò stesso la caparra, apparentemente destinata a rafforzare l'obbligazione, le renderà invece un cattivo servizio e ne costituirà un indebolimento in tutti i casi nei quali l'adempimento specifico non sia possibile (2). Va pertanto data lode a quei Codici, come

---

(1) Così p. es. SCEVOLA, v.° *Caparra* in *Digesto italiano*, Vol. VI, Parte I (Torino, Unione 1888) pag. 725-728), n. 7, pag. 727.

(2) L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel Diritto moderno italiano* (estr. dalla *Encicl. giur. ital.* Vol. III, Parte 3ª, Milano, Società editrice 1896), n. 54, pag. 219 e pag. 223, testo e nota 1. Persisto in questa adesione alla osservazione del COVIELLO, ad onta della obbiezione dell'esimio FAGGELLA che « ciò che può avvenire in un certo numero di casi pratici non distrugge o scuote la struttura giuridica dell'istituto » (*loc. cit.*, n. 51, nota 1, pag. 230). Non è questione di *un certo numero* di casi pratici, ma di un fatto che si può dire costante o quasi. Lo stesso FAGGELLA aveva poco innanzi notato (pag. 229 in fine) che « l'arra *quasi sempre* rappresenta un valore minore dei danni e interessi ». Meri-

l'*austriaco* (§ 908), il *sassone* (§ 895) e il *germanico* (§ 338), che autorizzano a chiedere dalla parte inadempiente il pieno risarcimento se sorpassa il valore della caparra, imputandovi l'ammontare della ricevuta caparra, o altrimenti (cod. germ.), se l'imputazione non può farsi per la natura della cosa data come caparra, restituendola.

138bis. In taluni Codici, come p. es. nel *Codice austriaco*, è messo per di più in rilievo un altro carattere della caparra, che anche il legislatore italiano avrebbe fatto bene a segnalare (1), cioè quel carattere di *arrha confirmatoria* che pare sia stato originariamente il solo proprio dell'istituto in discorso (2). Leggiamo infatti nel § 908 di detto Codice: « Ciò che nella conclusione del contratto si dà antecipatamente, deve, eccettuato il caso di un patto speciale, considerarsi soltanto come un contrassegno dello stabilito contratto o come una cauzione del futuro adempimento di esso, e si chiama caparra ». Seguono poi in quel paragrafo norme in parte analoghe alla nostra, escludenti nella caparra la funzione di multa penitenziale. Così è pure per il *Codice svizzero delle obbligazioni* (Art. 158, 1.° comma, 178 del Codice del 1881), e per il *Codice civile germanico* (§ 336).

---

tamente isolata poi, ch'io mi sappia, è rimasta la tesi di M. SARFATTI che ove la caparra sia insufficiente a coprire i danni, possa il creditore chiedere il di più (v.° *Caparra*, in *Enciclop. giurid. it.* Vol. III, p. I, sez. II) n. 26, pag. 683-685. Quanto ho già detto contro l'analoga tesi del DELOGU riguardante la clausola penale, nell'illustrare l'Art. 1230, risponde già anche all'opinione del SARFATTI, della quale è pure fatta particolare confutazione dall'avv. PIETRO GABBA, *La caparra* (Pisa, Simoncini 1904), § IX, pag. 41-46.

(1) Cfr. RE, *Trattato sulla compra e vendita secondo il Codice civ. ital.* (Roma, Salviucci 1877), n. 42, pag. 119.

(2) Cfr. fra noi, L. COVIELLO, *loc. cit.*, LEONI, v.° *Arre* in *Digesto italiano*, Vol. IV, parte I (Torino, Unione 1896) (pag. 636-639), FAGGELLA, *loc. cit.*, oltre al GIORGI, *Op. e Vol. cit.*, n. 466 e segg. pag. 543 e segg. Questi Autori mi dispensano da ulteriori citazioni per ciò che riguarda le dispute sulla natura e sugli effetti della caparra nel Diritto romano e nel Diritto comune. A chi ami approfondire la ricerca storica sull'argomento segnalo altresì certe vedute nuove, onde il tema si collegherebbe alla distinzione fra *debitum* e *obligatio* in CORNIL, cit. *Debitum et obligatio* (*Mélanges* GIRARD T. I.) specialmente a pag. 222-263.

Ma il carattere di multa penitenziale o pena di recesso può derivare alla caparra dalla volontà delle parti. Infatti la funzione già descritta della caparra si applica, dice lo stesso Art. 1217, «quando non risulta una diversa volontà dei contraenti». Nè occorrono certamente all'uopo formule sacramentali: lo si può desumere da tutto il contesto dell'atto. Nei contratti commerciali per di più sarà anche a tale proposito grande l'azione degli usi. Gli è così che nei contratti di assicurazione si intende data a titolo di *arrha poenitentialis* quella somma che l'assicurando deve spesso anticipare all'agente della Compagnia assicuratrice nell'atto in cui sottoscrive la proposta a stampa da lui diretta alla Compagnia: egli può sempre recedere dalla proposta perdendo detta somma (1).

138^ter^. Sarebbe stata inoltre buona cosa che, per dirimere questioni (oggi interamente rimesse all'apprezzamento del giudice secondo la varietà delle fattispecie), il legislatore decidesse su ciò che debba avvenire della caparra nel caso di adempimento dell'obbligazione. La si terrà da chi la ha ricevuta come un soprappiù, ovvero la si computerà quale acconto o principio di pagamento se la qualità della cosa data a titolo di caparra renda questo computo possibile? Come più conforme agli usi ed alla pratica degli affari questa seconda soluzione parrebbe in via legislativa per noi preferibile; essa è stata accolta dal *Codice civile germanico* (2), nonchè dall'esimio Collega BRINI nel suo *Schema per un Codice civile nella Repubblica di Sammarino* (3), mentre invece al legistatore *svizzero* piacque meglio la soluzione opposta (4). La descritta imputa-

---

(1) VIVANTE, cit. *Trattato*, IV, n. 1870, pag. 424 e n. 1872, pag. 426-427 (3ª. ediz.).

(2) *Bürg. Ges. f. d. d. R.* § 337: «Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags, zurückzugeben».

(3) BRINI, *Schema* ecc. (Bologna, Garagnani 1898): § CCLXV, pag. 225.

(4) *Codice svizzero delle obbligazioni*, Art. 158, 1.° capov.: «In mancanza di patto o di uso contrario, la caparra resta a chi l'ha ricevuta, senza obbligo di imputarla nel suo credito». Identico l'Art. 178 capov. del Codice del 1881.

zione se di fatto possibile (es. per essere pecuniario il debito e pure in danaro la caparra) si presenta certo al giudice, pur nel silenzio del Codice, come la soluzione più razionale e altrettanto razionale il partito di ordinare, eseguita l'obbligazione, la restituzione della caparra per sua natura non imputabile (1). Va da sè finalmente che la caparra dovrà restituirsi a chi l'ha data se le parti d'accordo recedano dall'obbligazione (2), o se essa rimanga inadempiuta per causa al debitore non imputabile, di cui non debba rispondere. Che se l'inadempimento proviene da colpa comune ad ambe le parti, non potrà certo il creditore valersi della facoltà di tenersi la caparra ricevuta o pretendere il doppio di quella data, anzichè esigere l'adempimento specifico della obbligazione che sia tuttora possibile, dacchè siffatta opzione è dall'Art. 1217 riservata soltanto *alla parte che non è in colpa* (3). Che se invece adempimento in forma specifica non sia più possibile, sicchè non resti che agire pei danni, questi dovendo ridursi per la parte di colpa di cui è responsabile il creditore, si avrà pure pro-

---

(1) Cfr. P. GABBA, *Op. cit.*, § VIII, pag. 29-31 e autori antichi e moderni (dal CUIACIO in poi) ivi ricordati. È poi fuor di dubbio che siffatti criterî dovranno adottarsi anche quando, in materia commerciale, la parte che ricevette la caparra raggiunga l'adempimento della prestazione per via della *esecuzione coattiva* disciplinata negli Art. 68, 69 Cod. comm., di cui si è fatto breve cenno *supra* al n. 123 *quater*, pag. 558-559. In questo senso cfr. sent. 26 Gennaio 1885 della Cass. di Firenze (causa Lanzoni-Luberti) in *Temi ven.*, X (1885), pag. 213 e NAVARRINI, cit. *Trattato di Dir. comm.*, II, n. 594, pag. 311. E la imputazione qui anzi si farà all'importo dei danni eventualmente dovuti in aggiunta all'adempiunento cui l'esecuzione coattiva è diretta.

(2) Il *Codice civile germanico* ha creduto necessario di dichiarare al § 337 capov. « Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben ».

(3) È pur costretto a riconoscerlo il COPPA ZUCCARI, cit. *La « compensaz. delle colpe »*, n. 115, pag. 238-239 e vi ravvisa « una deviazione dal principio che la colpa comune importa l'irrilevanza giuridica della colpa del creditore », principio che sappiamo da lui vigorosamente sostenuto. Io invece nella predetta irrefragabile deduzione dall'Art. 1217 pel caso di colpa comune veggo nuova conferma a quanto già ho esposto a suo luogo contro la tesi generale del chiaro Collega (v. *supra*, n. 115, pag. 487 e segg.).

porzional riduzione della caparra, che era destinata a rappresentare la rifusione dei danni nella loro totalità. Il che armonizza con quanto già si disse in tema di clausola penale.

§ 5.

Liquidazione legale dei danni.

Sommario: — 139. Come e perchè la liquidazione dei danni avvenga per ministero di legge trattandosi di debiti pecuniarî. Ragione per cui l'Art. 1231 contempla la sola ipotesi della mora. — 140. Come dagli interessi moratorî debbano distinguersi i cosidetti interessi corrispettivi. — 141. Interessi compensativi: se possano chiedersi provando un danno superiore all'importo dei moratorî. — 142. Eccezioni apparenti ed eccezioni reali al principio stabilito nel numero precedente. — 143. Inammissibilità della prova che non esiste danno od è inferiore all'importo degli interessi moratorî, all'effetto di escluderne o ridurne la prestazione. — 144. Da quando decorrono gli interessi moratorî. — 145. Dell'anatocismo: atteggiamento vario di legislazioni disparate riguardo ad esso. — 146. L'anatocismo nel vigente Diritto italiano: estremi di un valido anatocismo - misura di esso - sua decorrenza. — 146 *bis*. Eccezioni alle norme sull'anatocismo. — 146 *ter*. Casi che impropriamente si qualificherebbero eccezionali. — 147. Di talune restrizioni diverse da quelle relative all'anatooismo, non accolte dalla nostra legislazione in materia di interessi arretrati.

139. La liquidazione dei danni *ministerio legis* è la regola quando trattasi di debiti pecuniarî. Quivi la legge ha considerato che un danno per il non esatto adempimento dell'obbligazione ci sia sempre, visto l'uso generale di non lasciare il danaro improduttivo, e d'altra parte ha creduto bene di valutarlo essa questo danno nei termini di ragione. Sarebbe difficile altrimenti apprezzarlo e dimostrarne la precisa estensione, attesa l'indole stessa e il contenuto di siffatti debiti. Ora il limite di ragione lo si ravvisò in quelle condizioni di impiego che la legge considera normali, e che sono rappresentate dal tasso legale (quattro per cento in materia civile, cinque per cento in materia commerciale) (1). Il denaro, non servendo a scopo individuale d'uso, ma pel suo

---

(1) Art. 1831 Cod. civ., quale fu modificato con la Legge 22 giugno 1905, n. 268 (Art. 1).

generale valore di cambio, che permette a ciascuno di acquistare quanto gli abbisogna, è l'unico bene che possa in commercio formare per ognuno oggetto di domanda, e appunto per questa generalità di domanda del danaro sul mercato esso può essere collocato in qualsiasi momento ad un tasso, che a sua volta poi varierà secondo la quantità complessiva del denaro offerto allora sul mercato (1). Giusto è quindi che sempre, senza che gli tocchi provare il danno risentito per non aver ricevuta la somma dovutagli a suo tempo, il creditore possa esigere gli interessi: solo si potrà discutere se sia stato bene fissarli in un tasso invariabile, o se non sarebbe stato preferibile, appunto per le considerazioni testè esposte, di determinarlo nella misura commerciale, quella cioè che nel libero commercio si forma in quel dato luogo e in quel dato tempo, eventualmente superiore, eventualmente inferiore al tasso legale, ed accertata sempre dalle liste di borsa (2) (3).

Il sin qui detto spiega la massima contenuta nell'art. 1231, che suona: « In mancanza di patto speciale nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni deri-

---

(1) HARTMANN. cit. *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes u. s. w.*, pag. 44.

(2) Cfr. BOLAFFIO, *L'interesse moratorio e l'interesse correspettivo* (estr. dalla *Temi Veneta*, XVIII, n. 35, Venezia, Ferrari 1893), pag. 8, testo e nota 8. Questo lavoro assai notevole è stato poi rifuso ed ampliato nel Vol. I del citato *Commento al Codice di Commercio* (edito a Verona), volume dovuto allo stesso Bolaffio, e precisamente nell'illustrazione dell'Art. 41, pag. 502 e segg. L'interesse commerciale della giornata è adottato fra commercianti dal *Codice svizzero delle obbligazioni* (art. 104, ult. capov., corrispondente all'art. 119 ult. capov. della redazione del 1881) nell'ipotesi che sia più alto del tasso legale: « Fra commercianti, finchè nel luogo del pagamento lo sconto bancario superi il cinque per cento, potranno richiedersi gli interessi moratorî in questa più elevata misura ».

(3) In caso di mutuo il *Codice francese* applica il principio degli interessi moratorî pur non trattandosi di mutuo di danaro. Infatti l'Art. 1904 di detto Codice, nella redazione che risulta dopo la modificazione recatavi con Legge 7 Aprile 1900, suona: « Si l'emprunteur ne rend pas *les choses prêtées ou leur valeur* au terme convenu, il en doit l'intêret du jour de la sommation ou de la demande en justice ». Disposizione non riprodotta dal nostro Codice.

vanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società. Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita ». Com'è che la legge parla solo di ritardo (mora) e non anche di danni derivanti da inadempimento dell'obbligazione? Perchè qui, verificandosi l'inadempimento, non sarà mai il caso di dire che la prestazione promessa, non conseguibile eventualmente in forma specifica, si convertirà in una prestazione diversa, com'è quando alla *res debita* si sostituisce il risarcimento in danaro. Già *ab origine* una somma di danaro formava oggetto dell'obbligazione, inadempiuta la quale resterà pur sempre dovuta quella somma, più gli interessi di essa finchè dura l'inadempimento: onde si capisce come tutto si riporti al configurare i danni pel ritardo (1).

140. Gli interessi di cui qui si discorre diconsi *moratorî*, ma con essi non vanno confusi quei casi in cui c'è bensì obbligo di pagare interessi di una somma da un giorno determinato, ma quest'obbligo è fissato dalla legge, interprete della

---

(1) Cfr., fra altri, CHIRONI, cit. *Istituzioni di Dir. civ.*, (2ª. ediz.). Vol. II, § 280, pag. 59, *Colpa contrattuale*, n. 274, pag. 617 e GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 124, pag. 192 (7ª ediz.). Avverto col MODICA, *I danni interessi compensativi nel Dir. civ. it.* (Torino, Unione 1913), pag. 13 nota 1, come vi siano casi in cui leggi speciali hanno fissata la liquidazione dei danni a priori, in una determinata misura sempre uguale, pur non trattandosi di debiti pecuniarî: esempio l'indennità dovuta dallo Stato per lo smarrimento di una lettera raccomandata, di un pacco postale, ecc. (art. 42 e 80 del testo unico delle leggi postali 24 Dic. 1899, n. 501). Aggiungo, pur riferendosi il caso a danno aquiliano, quindi a debito in danaro, che il risarcimento è liquidato sempre in misura fissa, la quale nulla ha che fare con gli interessi di cui stiamo parlando, nell'art. 30 del R. Decreto 21 Novembre 1880, n. 5744 (s. 2ª) relativo al giuoco del lotto. Per esso « qualora venga rifiutato il pagamento della vincita per qualsiasi difetto della matrice, imputabile a negligenza del ricevitore, il giuocatore non può pretendere che il quintuplo del prezzo del giuoco da pagarsi in proprio dal ricevitore medesimo ». Siamo pur sempre in un caso, per verità singolarissimo, di liquidazione legale del danno.

volontà delle parti, per cause e considerazioni ben diverse dalla mora. Onde stupisce il veder da taluno (1) ricondotti senz'altro alcuni di questi casi sotto il concetto degli interessi moratorî. Così, p. es., in materia dotale l'Art. 1397 dispone: « Gli interessi della dote decorrono di diritto dal giorno del matrimonio contro coloro che l'hanno promessa, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi è stipulazione in contrario ». Tizio, ad esempio, costituisce in dote a sua figlia lire ventimila, ma pagabili un anno dopo la celebrazione del matrimonio. Il marito allo scadere dell'anno, ha diritto, se non si stipulò altrimenti, alle ottocento lire di interessi di quell'annata oltre al capitale delle ventimila. Ma non li diremo certo codesti interessi moratorî, chè mora non c'e stata. Ben diversa è la ragione loro, e risiede nella funzione della dote, la quale è assegnata al marito per sostenere i pesi del matrimonio (Art. 1388), ond'era naturale il presumere che il pattuito ritardo nel pagamento della dote non significasse, nell'intendimento delle parti, mancanza pel marito del sussidio ch'essa coi suoi frutti è destinata a portargli. Gli interessi sono il corrispettivo dei pesi famigliari a lui incombenti, e l'idea di mora (ritardo imputabile) non c'entra per nulla. Così per l'Art. 1509 trattandosi di compravendita, « in mancanza di convenzione speciale il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo ancorchè non sia in mora, se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi ». Altrimenti il compratore a credito cui fu consegnata la cosa farebbe, sino al pagamento del prezzo, il doppio lucro, dei frutti della cosa e degli interessi del prezzo medesimo. Orbene, anche qui gli interessi sono a titolo correspettivo, rappresentano cioè il correspettivo del

(1) Così p. es. dal CHIRONI, cit. *Istituzioni*, Vol. II, § 270, pag. 39 della 1ª ediz., pag. 55 della 2ª e *Colpa contrattuale*, n. 280, pag. 625-627 e n. 282, pag. 628-630. Il GIORGI, dalla 4ª edizione in poi, ha il merito almeno di non sottacere la distinzione, sia pure che la combatta. (Vol. II, n. 125 bis, pag. 174-177 della 4ª ediz., pag. 196-200 della 7ª).

godimento dei frutti avuto dal compratore, e tanto vi è estraneo il concetto di interesse moratorio, che nel citato art. 1509 si legge, in relazione all'acquirente, l'inciso: «*ancorchè non sia in mora*». Finalmente un altro esempio di siffatti interessi diversi dai moratorî e pei quali fu opportunamente proposta la qualifica di *interessi corrispettivi* (1), lo abbiamo, e con estesissimo campo di applicazione, in Diritto commerciale, dove è più che mai vero il principio della non oziosità del danaro. Dispone infatti l'art. 41 dal Codice di commercio: «I debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto»; dove è a rammentare che, se non c'è un termine, l'obbligazione è *esigibile* subito e il debitore tuttavia non è in mora sinchè non sia seguita l'interpellazione (v. s., n. 67, pag. 281-282): ed è proprio a tale ipotesi che si riferisce quanto vi ha di speciale nel detto art. 41. Ai predetti esempi altri casi ancora potrebbero aggiungersi nei quali per altre considerazioni, sempre estranee alla mora, è fissato per legge il decorso degli interessi a partire da un dato giorno, come negli art. 865, 1013, 1755 (2). Insomma è errato e pericoloso il risalire sempre al concetto di mora quando si trova stabilito per legge l'obbligo di corrispondere interessi in un dato giorno, potendo esser questo l'effetto di ben altre cause.

Basterebbe l'intento supremo dell'esattezza scientifica a

---

(1) Dal BOLAFFIO, *Op. cit.*, n. 1, pag. 3. Persisto in questa terminologia in confronto di quella, sia pur tradizionale, di interessi *compensativi*, da molti anche recenti scrittori preferita (cfr. p. es. MODICA, *Op. cit.*, pag. 25 testo e nota 4) per evitare confusione con gli altri ben diversi interessi di cui si parlerà nel successivo n. 141.

(2) Cfr. RAMPONI, cit. *La determinazione del tempo nei contratti*, n. 43, pag. 85-86. Ed ora un'ampia trattazione del tema, con riguardo ai casi certi e ai casi dubbî degli interessi in questione, e con ampie citazioni di dottrina e di giurisprudenza, si ha in MESSA, cit. *L'obbligaz. degli interessi e le sue fonti*, n. 145-208, pag. 228-329. Per ciò che riguarda la terminologia, di che alla nota precedente, il MESSA adotta indifferentemente le due denominazioni di interessi compensativi o corrispettivi, n. 145 pag. 229.

giustificare siffatta distinzione, ma non è vero poi ch'essa si riveli praticamente inutile (1). Una fattispecie dibattutasi in giudizio lo prova. Un debitore commerciale (nel caso concreto Compagnia di assicurazione) non può effettuare a scadenza il pagamento della somma dovuta al suo creditore per essersi fatto sequestro in sue mani di detta somma per parte di creditori del creditore medesimo (art. 1244). Dovrà gli interessi su quella somma? Se restiamo sul terreno della mora dovremo rispondere di no, perchè qui non ricorre *mora solvendi*, ritardo imputabile al debitore. E così decise la Suprema Corte di Roma (2). Ma in sede di rinvio nella medesima causa l'Appello di Roma giunse all'opposta sentenza, e ciò perchè fece questione non di interessi moratorî, sibbene di interessi correspettivi a tenore dell'art. 41 del Codice di commercio (3).

141. Tornando ora al nostro art. 1231, osservo che va ripudiata affatto l'opinione che vorrebbe autorizzato il creditore a chiedere interessi superiori a quelli di mora (e si dicono allora *compensatorî* o *compensativi*) o più in generale un ulteriore compenso di danni in aggiunta agli interessi moratorî (*danni-interessi compensativi*) (4) datochè provi essergli derivati dal ritardato pagamento danni per un importo maggiore (5). L'art. 1231 nella sua assolutezza («i danni consistono *sempre* nel pagamento degli interessi legali») si ribella a siffatta interpretazione. Corrispondente al 1153 del *Codice francese*, quell'articolo trova la sua spiegazione in POTHIER, il quale dice che in siffatto principio proprio delle obbligazioni pecuniarie si ha

(1) Come la dice il GIORGI, *loc. cit.*

(2) Sentenza 15 Giugno 1897 della Corte di Cassazione di Roma in causa Riunione adriatica c. Bianchi e Banca d'Italia (*Monitore dei Tribunali*, XXXVIII, pag. 944-945).

(3) Sentenza 5 Marzo 1898 della Corte d'Appello di Roma (*Monitore dei Tribunali*, XXXIX, pag. 328).

(4) Per questa terminologia cfr. MODICA, *Op. cit.*, pag. 32-35.

(5) Vedansi in LAURENT, *Principes*, XVI, n. 308 e segg., pag. 367 e segg. dei casi in cui la giurisprudenza tentò mascherare sotto l'aspetto di compensatorî danni semplicemente moratorî per elevarne l'importo.

una specie di *forfait* (1). I danni vengono determinati in qualche cosa di fisso, la misura legale degli interessi, quasi in via di transazione fra due casi possibili, che siano superiori od inferiori a quell'importo, e appunto per questa specie di *forfait*, continua il POTHIER, per quanto sia il danno sofferto dal creditore per ritardato pagamento, e sia pur questo determinato da dolo del debitore anzichè da semplice colpa [cosa che va pur segnalata] non si può domandare indennizzo superiore a quegli interessi. Inoltre, se è vero che *exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis*, non ha poca importanza il notare che l'art. 1231 eccepisce fra altro i casi di società e di fideiussione, e per questi troviamo detto che sono talora dovuti *interessi e danni*. L'eccezione sta dunque in quest'aggiunta dei danni conseguibili oltre agli interessi, il che rafferma che la regola è di potersi ottenere i soli interessi di mora e non più (2). Altrimenti stanno le cose per altre legislazioni, come ad es. *il Codice svizzero delle obbligazioni* (3) e il *Codice civile germanico* (4).

Gli interessi moratorî sono dovuti nel predetto tasso normale e non oltre anche se prima il credito fruttava a tasso più elevato. Di fronte ai recisi termini del citato art. 1231 mal s'invoca in contrario senso un preteso tacito volere delle parti. Stipulino esse apertamente il perdurare del più elevato

---

(1) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 170, pag. 46.

(2) Cfr. fra altri, CHIRONI, *Colpa contratt.*, n. 270, pag. 619 e segg., PERENZONI, *Interessi moratori e interessi compensatori*, (Casal Monferrato, Tirelli 1893), di cui è reso conto in *Rivista internazionale di scienze giuridiche*, II, fasc. II, pag. 104-105, MESSA, *Op. cit.*, n. 99-103, pag. 177-181.

(3) *Cod. svizzero delle obbligazioni*, Art. 121: «Quando il danno patito dal creditore ecceda l'ammontare degli interessi, e sia provato che il debitore è in colpa, questi è tenuto a risarcirlo». Si faccia un raffronto coll'Art. 180 capov. dello stesso Codice, già esaminato (v. s., n. 135, pag. 383) relativo alla clausole penale.

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.* § 288: «Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier von Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen».

tasso anche in periodo di mora, come l'Art. 1231 stesso consente; ma se nol fanno, avrà impero la legge col descritto suo carattere transattivo, che, se pare pregiudichi in siffatto caso il creditore, lo avvantaggierebbe in compenso ove si trattasse invece di credito ch'era stato sino allora infruttifero o a tasso inferiore al legale (1). E dico semplicemente che *pare* pregiudicato così il creditore, perchè chi assicura che se fosse stato soddisfatto a scadenza, avrebbe avuta la possibilità di reinvestire il capitale a quello stesso interesse, più elevato del normale? Ond'è ch'io non consento con chi, pur accogliendo la stessa nostra conclusione nel Diritto vigente, lamenta che così il debitore abbia un *premio della mora* e fa voti pertanto acciò sull'esempio di talune legislazioni estere (2), sia fissato per legge che il precedente più elevato interesse perduri anche durante la mora (3). È pur sempre possibile che, lungi dal costituire un premio pel debitore moroso, l'interesse legale rappresenti il massimo che il creditore potrebbe oggi godere od anche lo superi se l'interesse commerciale corrente sia inferiore al legale.

142. Ma supposto che, pur di procrastinare il pagamento, il debitore s'impegni temerariamente in una lite col creditore, potrà essere condannato, oltrechè agli interessi di mora, a ri-

---

(1) Conformi VENEZIAN, nota a Sent. 26 Agosto 1902 della Cass. di Roma (causa Chauvet-Vincentini) in *Temi ven.*, XXVII (1902), pag. 865-867, MODICA, *Op. cit.*, pag. 19-20. *Contra* MESSA, il quale, in perfetto accordo con la citata Cass. di Roma, ammette in tal caso la continuazione dei più elevati interessi anche come moratorî, mentre questi commisura sul tasso legale se prima il tasso stipulato era più basso (*Op. cit.*, n. 24, pag. 55-56). Questi ultimi due autori riferiscono altresì dati della nostra giurisprudenza, su codesto punto divisa.

(2) Così per una Legge germanica del 14 Novembre 1867 (§ 3) citata dal VENEZIAN e per l'art. 104 1.° capov. del *Codice svizzero delle obbligazioni* (art. 119, 1.° capov. della redazione del 1881), che suona: « Qualora nel contratto fossero stipulati, sia direttamente, sia mediante periodica provvisione bancaria, degli interessi superiori al cinque per cento, questi si potranno richiedere anche durante la mora ». Come d'altra parte il 1° comma fissa gli interessi al cinque per cento « quand'anche gli interessi convenzionali fossero pattuiti in misura minore ».

(3) Così VENEZIAN, *loc. cit.* seguito dal MODICA, *loc. cit.*

sarcirgli i danni che con tale condotta gli arreca, e ciò per l'Art. 370 del Codice di procedura civile, che suona: «La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni». Non è detto qui infatti che i danni si limitino agli interessi di mora se la lite concerneva obbligazione pecuniaria. Ma allora l'eventuale superiore risarcimento di danni non è effetto del ritardo ad adempiere il debito pecuniario, sibbene di questo ulteriore procedere delittuoso o quasi delittuoso (in senso civile), col quale il debitore *reca danno al creditore per occasione del rapporto obbligatorio già fra loro esistente* (1). Il che può, anzi deve elevarsi a principio generale, senza che per questo sia il caso di parlare di *eccezione* alla norma sugli interessi moratorî, dacchè intervengono nuovi elementi di imputazione, nuovi fattori dunque di risarcimento.

In Francia con legge 7 Aprile 1900 all'Art. 1153 del Codice civile, corrispondente al nostro 1231, fu aggiunto un ultimo capoverso così concepito: «Le créancier auquel son débiteur en retard a causé *par sa mauvaise foi*, un préjudice *indépendant de ce retard*, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance». C'è pertanto chi da siffatta disposizione, come tanto più generica del nostro Art. 370 Cod. proc. civ., vede colmata una lacuna che si dovrebbe lamentare tuttora da noi; non potremmo cioè mai andare oltre agli interessi moratorî, anche se ricorra la mala fede del debitore, salvo il caso che questa si estrinsechi sotto forma di lite temeraria (2). Io reputo invece potersi, pur in mancanza di un testo simile, giungere anche presso di noi alla stessa conclusione argomentando dal detto art. 370 Cod. proc. civ. nel quale ravviso applicazione di una norma generale già altrove fermata; che cioè quando concorra dolo non nel senso di volontario cosciente inadempimento dell'obbligazione, ma nel senso di deliberato malo proposito di servirsene come di un'arma onde recare ulteriori danni anche indiretti, questi pure debbano risarcirsi (v. s., n. 120, pag. 605). La difficoltà grave sarà della prova. Si an-

---

(1) Cfr. PERENZONI, *loc. cit.*

(2) MODICA, *Op. cit.*, pag. 78-81.

drebbe poi in Francia da taluno (1) sino ad ammettere che la citata Legge del 1900 si applichi anche se gli ulteriori danni indipendenti dal solo ritardo siano effetto di colpa e non di mala fede del debitore: e si invoca in tal senso l'anteriore giurisprudenza che il LABICHE, relatore in Senato, avea detto di voler canonizzare: ma la cosa mi par troppo in contrasto col testo della Legge citata.

Altro caso, nel quale impropriamente si vorrebbe da taluno ravvisare un'eccezione alla regola che nei debiti pecuniarî l'indennizzo non vada oltre gli interessi moratorî, si ha quando del danaro dovuto il debitore si è assunto di fare un dato impiego per conto e nell'interesse del creditore. Esempio. Ho venduta la mia casa a Tizio per Lire 20.000, delle quali egli mi pagò subito la metà, accollandosi di estinguere col rimanente un debito di uguale importo che io ho verso Caio. Manca ai patti, sicchè Caio, mio creditore, si rivolge a me, ed io per pagarlo sono obbligato a prendere a mutuo le Lire 10.000, nè mi riesce di trovarle che al tasso del 6 %. In seguito Tizio compratore si mostra disposto a darmi le diecimila lire di resto prezzo, ma pel ritardo vorrebbe, invocando l'Art. 1231, non corrispondermi niente più che gli interessi moratorî legali (4 %) su detto importo. Ho diritto di oppormivi, esigendo dal giorno del prestito da me contratto quel 2 % di più che rappresenta il maggiore mio danno. Ma con ciò non si va contro all'Art. 1231. Gli è invece che l'obbligazione aveva qui per oggetto non tanto una somma di danaro, ma un *fatto* speciale del debitore, tenuto ad usarla per conto e a profitto del creditore in quel dato modo. Ora l'inadempimento di questa obbligazione di *fare* dà luogo ai danni da regolarsi con le norme generali e non coll'Art. 1231, valevole per le obbligazioni puramente e semplicemente pecuniarie (2).

A questo preciso ordine di idee va pure ricondotto l'Art. 358

---

(1) Es. PLANIOL, *Op. cit.*, II, n. 270, pag. 95 e, limitatamente alla colpa grave, BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Op. e Vol. cit.* n. 507, pag. 535-536.

(2) Cfr. da ultimo Sent. 6 Luglio 1914 della Cass. Torino (causa Camuzzi Ricci) in *Monit. dei Trib.* (1914), pag. 649.

del Codice di commercio, posto sotto il titolo del mandato, che suona: « Il mandatario che distrae dal fine prescritto le somme ricevute per conto del mandante è debitore dell'interesse sulle somme stesse dal giorno in cui le ha ricevute, *oltre il risarcimento dei danni derivanti dall' inadempimento del mandato*, e salva ogni altra azione anche penale in caso di dolo o frode » (1).

Veniamo ai casi indicati come eccezioni dalla legge. Hanno luogo:

1°) se le parti pattuirono, pur trattandosi di debiti pecuniarî, che la prestazione dei danni pel ritardo abbia a seguire in misura diversa da quella fissata dalla legge, vuoi con interessi ad un tasso superiore al legale, vuoi mediante clausola penale, vuoi distinguendo l'inadempimento doloso dal colposo e simili.

2°) in materia di commercio, dacchè l'Art. 1231, posta la norma, soggiunge: « salve le regole particolari al commercio ». Così in materia cambiaria troviamo che, non pagata la cambiale, l'azione del possessore di essa è diretta a conseguire qualche cosa di più della somma dovuta e dei relativi interessi, e così pure è a dirsi dell'azione del girante che abbia pagata la cambiale, il tutto giusta gli Art. 311, 312, 319 Cod. comm.

3°) in materia di fideiussione, dove l'Art. 1915 dà al fideiussore che ha pagato pel debitor principale azione di regresso verso quest'ultimo pel rimborso non solo del capitale e degli interessi, ma altresì delle spese ed anche di ulteriori danni, quando sia il caso.

Del che non si dà il vero motivo dicendo, come fa il LAURENT nel ragionare sugli Art. 1153, 2028 del *Codice francese*, corrispondenti ai nostri 1231 e 1915, che il fideiussore rende un servizio gratuito, il quale

(1) A torto dunque il MODICA, *Op. cit.* pag. 59, reca questo articolo del Cod. comm. fra i casi di eccezione che la nostra regola comporta in materia di commercio. Egli stesso del resto poco dopo (pag. 60) esclude che di eccezione sia quivi ragione a discorrere.

sarebbe ingiusto ridondasse a suo danno (1). Chè la fideiussione non è essenzialmente gratuita (2) e bisognerebbe dire allora inapplicabile l'eccezione che stiamo esaminando ove il fideiussore riceva un compenso dal debitore per il servizio che gli rende. Ciò fu realmente affermato dal DELVINCOURT (3), ma a giusta ragione quest'opinione rimase isolata (4), come quella che arbitrariamente distingue dove non distingue la legge, e perchè, come fu già da altri avvertito, il debitore, pur rimunerando la sicurtà, non si era per questo obbligato meno ad adempiere la sua obbligazione verso il creditore e a prevenire con ciò il danno, che è venuto a colpire il fideiussore (5). Quando appunto il debitore è consapevole della prestata sicurtà, si può dire ch'egli assume tacitamente in confronto del fideiussore l'obbligo di non esporlo a verun danno, e ciò con la puntualità nell'adempiere gli impegni proprî verso il creditore. Quindi non può dirsi che il debito che corre nei rapporti fra debitore e fideiussore sia un debito di somma, e precisamente della somma dedotta nell'obbligazione principale, sì da dovervisi applicare l'Art. 1231. Se poi il debitore è ignaro della sicurtà, è comune insegnamento che il fideiussore che ha pagato per lui assume il carattere di un *negotiorum gestor*, il quale è regola debba essere completamente indennizzato, dato l'estremo dell'*utiliter gestum* (6). Conclu-

---

(1) LAURENT, *Principes*, XVI, n. 313, pag. 373.

(2) Il LAURENT stesso altrove lo riconosce, *Op. cit.*, XXVIII, n. 123, pag. 131.

(3) DELVINCOURT, citato dal DURANTON, e dal PONSOT nei luoghi indicati nella nota seguente.

(4) Contro di essa veggansi, fra tanti, DURANTON, *Op. cit.*, T. X (dell'edizione belga, XIX della francese), n. 351, pag. 126-127, PONSOT, *Traité du cautionnement en mat. civ. et commerciale* (Paris Guilbert 1844), n. 239, pag. 267-268, LAURENT, *Principes*, XXVIII, n. 231, pag. 243, BAUDRY LACANTINERIE e WAHL, cit. *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement* etc. (3[e] édit.), n. 1082, pag. 571, CORSI, *La fideiussione* ecc. (3[a] ediz. Bologna, Zanichelli 1893), Capo VI, § 5, pag. 160-161, CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno* (Torino, Bocca 1902), n. 675, pag. 466.

(5) Cfr. DURANTON, *loc. cit.*

(6) Art. 1144 e cfr. LAURENT, *Principes*, XX, n. 332, pag. 359. Molto peso hanno tuttavia le considerazioni con le quali il REDENTI, v. *Fideiussione*, in *Dizionario del Dir. priv.* dello SCIALOJA, vol. III, n. 34, pag. 135, ripudia il comune insegnamento, tuttochè storicamente fondato, che il regresso del fideiussore che ha pagato si risolva in un'azione *mandati contraria* o *negotiorum gestorum*

dendo pertanto, credo impropriamente indicato come eccezione all'Art. 1231 il caso della fideiussione, perchè non si tratta di un'obbligazione pecuniaria di cui l'obbligato (il debitor principale) ritardi l'adempimento verso il suo creditore (il fideiussore), ma entrano in campo altre e ben diverse figure giuridiche, le quali necessariamente importano un debito di indennità piena, non ristretta cioè al semplice ammontare degli interessi legali.

Su questa materia due osservazioni ancora, ritornando all'ipotesi di fideiussione non gratuita ma rimunerata. Vedemmo che l'essere il fideiussore retribuito dal debitore pel servizio che gli presta non esclude l'applicabilità dell'Art. 1915. Tuttavia fu giustamente osservato che nel decidere sulla reclamata indennità potrà il giudice, nel prudente suo arbitrio, tener conto altresì della pattuita mercede, mediante una corrispondente riduzione dei danni da assegnarsi al fideiussore oltre l'ammontare degli interessi legali. In secondo luogo va notato che, giusta l'autorevole parere di alcuni scrittori (1), se il fideiussore riceve una retribuzione dal creditore, il negozio assume il carattere di contratto di assicurazione a favore di quest'ultimo. Non entro nella disputa intorno a siffatta costruzione: mi basta averla accennata, perchè, ove la si accolga, sottentreranno eventualmente altri principî da quelli proprî del vero contratto di fideiussione.

4º) in tema di società, statuendo l'Art. 1710 che il socio, che doveva conferire alla società una somma e non l'ha con-

---

contraria secondochè il debitor principale era stato o no consapevole della fideiussione. Per il REDENTI unica base dell'azione è la *legge*, la quale si è ispirata ad un certo *favore* della fideiussione, nell'interesse generale del credito.

(1) Mi basti ricordare tra i francesi PONSOT, *Op. cit.*, n. 22, pag. 30, TROPLONG, *Du cautionnement* (Bruxelles, Meline-Cans 1847), n. 16, pag. 318, che ricorda in proposito le parole del nostro SCACCIA: «Contractus assecurationis in substantia est contractus fideiussionis», LAURENT, *Principes*, XXVIII, n. 124, pag. 131 e, fra i nostri, MIRABELLI, *Contratti speciali* in FIORE, *Il Dir. civ. it.* Parte XII, Vol. VI, *Della fideiussione*, Cap. I, n. 4, pag. 395, REDENTI, *loc. cit.*, n. 3, pag. 119, che giustamente richiama l'attenzione sull'Art. 440 Cod. comm. *Contra* CORSI, *Op. cit.*, Cap. I, § 3 pag. 6 e segg. e Sentenza 25 Aprile 1878 in causa Pacifico c. Terni, della Corte di Cassazione di Roma (*Fôro ital.* del 1878, III, Parte I, col. 1160 e segg. con nota dell'Avv. RUTIGLIANO). Quanto al CAMPOGRANDE, *Op. cit.*, n. 256-257, pag. 161-163, ne fa questione di volontà delle parti, da indagare caso per caso.

ferita (analogo l'Art. 83 Cod. comm. per le società commerciali), o che abbia prese delle somme dalla cassa sociale, è di diritto debitore degli interessi di tali somme, nel primo caso dal giorno in cui doveva fare il versamento, nel secondo caso dal giorno che le ha ritirate per suo particolare vantaggio, salvo per di più in entrambi i casi l'eventuale ulteriore risarcimento di danni. Ciò risponde evidentemente alla « natura speciale del contratto di società, inteso, com'è, a procurare guadagni maggiori del semplice interesse del danaro » (1). E più generalmente può dirsi che anche qui come nei discorsi casi del mandato (art. 358 Cod. comm.) e della fideiussione (art. 1915 Cod. civ.), l'eccezione è più apparente che reale, siamo cioè fuori dell'ipotesi per cui è dettata la norma dell'Art. 1231, ispirata alla necessità di fissare in una misura media di ragione quei danni per la mancata prestazione pecuniaria che altrimenti avrebbero potuto vagare in una sfera altrettanto indefinita quanto lo è l'uso e lo sfruttamento possibile dei capitali; siamo, in altre parole, in cospetto di casi dove « la prestazione della somma non è il fine a cui i contraenti intendono, ma il mezzo di raggiungere un altro fine, sul quale si è formato il loro consenso, e che però diventa l'oggetto dedotto in contratto » (2).

143. Se il principio dell'Art. 1231 patisce in taluni casi eccezione nel senso che sia dovuto eventualmente qualche cosa di più degli interessi moratorî, non ne soffre invece alcuna in senso inverso, sì che pel ritardo a pagare debiti pecuniarî ci sia caso di dover interessi inferiori ai moratorî od anche nessun interesse, nessun indennizzo. Non è stata infatti ripetuta da noi la norma del Diritto romano, che non si debbano interessi moratorî per somme promesse a titolo di donazione, norma che si desume dalla l. 22 D. de donat. 39, 5 di MODESTINO: « Eum qui donationis causa pecuniam vel quid

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituzioni di Dir. civ. ital.*, Vol. V (4ª ediz.), n. 221, pag. 434.

(2) VENEZIAN, *loc. cit.*, pag. 866.

aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est ». Insostenibile d'altra parte sarebbe la tesi (1) che possa il debitore inadempiente sfuggire alla prestazione degli interessi moratorî provando che dal ritardo nessun danno ha sofferto il creditore, quasichè l'Art. 1231 avesse di mira soltanto di esonerare il creditore dall'obbligo di provare il danno, obbligo che secondo i principî a lui incomberebbe (v. s., n. 127, pag. 584). Non si avrebbe in altre parole niente più che uno spostamento dell'*onus probandi*. Lasciamo stare la poca praticità di simile assunto, chè potrebbe dirsi bravo davvero quel debitore, cui riuscisse di provare che il creditore dal ritardato pagamento della somma dovutagli non risentì verun danno, perchè già non l'avrebbe utilmente reinvestita. Gli è che, stando pur sempre ai principî, simile tesi contraddice a quel concetto di *forfait* che vedemmo ispirare la norma contenuta nell'Art. 1231. Tanto è ciò vero, che il POTHIER dichiarava a questo proposito che solo dinanzi al fôro interno della coscienza, e non già nel fôro esterno, avrebbe dovere il creditore, che non abbia sofferto alcun danno o perdita di guadagno pel ritardo nel pagamento delle somme dovutegli, di non esigere gli interessi moratorî (2).

Per l'identica ragione non si potrebbe neppur consentire al debitore la prova che il creditore risentì bensì un danno, ma inferiore all'importo degli interessi legali, all'effetto di ridurne la prestazione.

144. Da quando decorrono gli interessi moratorî? Dal giorno della mora, risponde il capov. dell'Art. 1231. E quasi non ci sarebbe bisogno di notarlo, tanto la cosa pare ovvia, se non ci fosse da osservare che il legislatore nostro si è qui opportunemente dilungato dall'esempio del *Codice francese*, il quale invece all'Art. 1153, nell'originaria sua redazione, stabiliva che gli interessi moratorî « ne sont dus que du jour de

---

(1) Già accolta dal CHIRONI nella 1ª ediz. della *Colpa contrattuale*, n. 275, pag. 295-296. Più non la sostiene nella 2ª edizione, n. 275, pag. 617-619.

(2) POTHIER, cit. *Tr. des obligations*, n. 172, pag. 46.

la demande, excepté dans les cas ou la loi les fait courir de plein droit ». Dove è a notarsi che, esigendosi una *demande*, cioè una citazione in giudizio, non sarebbero bastati all'uopo altri mezzi che pure per Diritto francese servono come atti di costituzione in mora, quale p. es. una diffida a mezzo d'usciere, un sequestro e simili. Rigore inesplicabile, anzi addirittura assurdo, perchè si poteva avere per opera di uno di questi ultimi atti la mora, e non ancora l'effetto più naturale di essa, ch'è la decorrenza degli interessi detti appunto moratorî. E credo bene si apponessero quei commentatori del Codice francese che, nel censurare detta statuizione, inclinavano a ravvisarvi un residuo di quel disfavore onde il capital monetario fu l'oggetto nei tempi andati, per la facilità con la quale l'accumularsi degli interessi aumenta il debito (1). Tutto questo, ho detto, secondo la originaria redazione dell'Art. 1153 Cod. fr.; chè una successiva Legge del 7 Aprile 1900 tolse codesta anomalia, sostituendo al predetto comma il seguente: « Ils ne sont dus que du jour de la *sommation de payer*, excepté dans les cas ou la loi les fait courir de plein droit ».

Grave dissenso troviamo particolarmente nella giurisprudenza patria circa il momento da cui decorrono interessi a favore del danneggiato in seguito a delitto o quasi delitto sulla somma dovutagli a titolo di indennità. Chi li fa decorrere dal giorno del fatto dannoso; chi invece dalla data della domanda giudiziale; chi finalmente dal giorno della liquidazione del danno, ossia dalla data della sentenza che fissa la misura dell'indennizzo (2). E in qualche sentenza si vede apertamente

---

(1) Huc, cit. *Commentaire du Code civil*, T. VII (1894), n. 156, pag. 221, seguito dai Signori Baudry-Lacantinerie e Barde, *Op. e Vol. cit.*, n. 511 pag. 541, nota 2 (3e édit.).

(2) Lo stato della giurisprudenza, nella quale certamente predomina la prima opinione, è presentato dal Messa, *Op. cit.*, n. 151, pag. 239-240 e nella recentissima già citata 2a edizione del Cesareo Consolo, *Tratt. del risarcimento del danno*, altro dei sostenitori dell'opinione dominante, pag. 209. Ma la questione è sempre così viva, che quasi non c'è annata dei nostri periodici giudiziari che non contenga sentenze ad essa relative. Veggasi p. es., in aggiunta a quelle indicate dai predetti Autori quelle della Cass. di Napoli, 18 Settembre 1914 (causa Bisogni Vacatello), in *Monit. dei Trib.*, LV (1914), pag. 801 e della Cass. di Torino, 8 Maggio 1914 (causa Union des gaz c. Malerba) in *Monit. dei Trib.*, LVI (1915), pag. 30, entrambe per l'opiniene dominante, della Cass. di Firenze,

dichiarata l'inapplicabilità a siffatta materia dell'Art. 1231 come quello che riguarda gli interessi moratorî contrattuali (1), d'accordo in ciò con un illustre Autore come il GIORGI, che scrive: « È ben vero che l'obbligo di risarcire il danno si traduce in pagamento di danaro. — Ma non è obbligo nascente da contratto precedente; nasce invece fuori di qualunque relazione contrattuale dal fatto illecito. Non sono dunque applicabili a questa specie di risarcimento le regole limitative intorno alla decorrenza degli interessi stabilite nel citato Art. 1231; e quindi il giudice nel pronunziare la condanna al pagamento di quella somma che rappresenta il pagamento del danno è libero di stabilire la decorrenza dell'interesse legale dal giorno che crede, e secondo che richiede giustizia » (2). Ora in quest'ultimo ragionamento io debbo lamentare quell'angustia di concetto tanto comune, che già altra volta ho deplorata nel tema della colpa contrattuale. Della quale infatti vedemmo doversi discorrere in ordine alle obbligazioni tutte, qualunque ne sia la fonte, dunque anche relativamente a quelle derivanti da delitti o quasi delitti (v. s., n. 103, pag. 393 e segg.) e non soltanto in ordine alle obbligazioni che discendono da contratti. Avvenuto il fatto dannoso, è sorta l'obbligazione del risarcimento. L'origine sua (colpa aquiliana) potrà *eventualmènte* influire nella valutazione dell'importo dell'obbligazione stessa, ma questa poi si ha da adempiere con quella diligenza e in generale con quelle regole che sono proprie delle obbligazioni in genere, fra le quali, per ciò che riguarda la mora nelle obbligazioni pecuniarie, sta il nostro Art. 1231, che a torto si vorrebbe limitare ai debiti pecuniarî contrattuali, mentre sta sotto il Capo che tratta *degli effetti delle obbligazioni*. Ed ecco perchè dell'argomento noi facciamo cenno in questo volume, che pure della

---

30 dicembre 1911 (causa Società Rossi-Tavoso), in *Fôro it.*, XXXVII (1912), p. I, col. 340-341, che sta invece per la decorrenza dal giorno della liquidazione del danno, e della Cass. di Roma, 24 gennaio 1912 (causa Mancinelli c. Ferrovie meridionali) in *Fôro it.*, XXXVII (1912), p. I col. 896-897, che di regola ammette la decorrenza dal giorno del fatto illecito, ma autorizza il giudice a fissarla invece dal giorno della sentenza che liquida l'indennità, quando il ritardo alla liquidazione sia stato determinato da colpa dello stesso offeso, come p. es. se egli abbia indugiato eccessivamente a proporre la sua domanda, o abbia avanzato pretese esorbitanti.

(1) Esempio sent. 17 Febbraio 1897 del Trib. di Milano in causa Turati c. Guaitani (*Monit. dei Trib.*, XXXVIII, pag. 394).

(2) GIORGI, *Op. cit.*, Vol. V, n. 233, pag. 391 (7ª ediz.).

colpa aquiliana non tratta. La questione dunque non si deve porre partendo dall'esclusione dell'Art. 1231, ma la si ha tutto all'opposto da portare sul terreno della mora, per decidere quando nel caso divisato il debitore (danneggiante) vi incorra (1).

Posto ciò, o si accoglie quanto lo stesso GIORGI scrive al proposito poco più innanzi, che «nei malefizî la mora si verifica fino dal momento che il fatto illecito fu consumato» (2) e da allora *dovrà* il giudice (non semplicemente *potrà*, come ivi dichiara il prelodato Autore) far decorrere gli interessi sull'indennità dovuta al danneggiato (3); ovvero un simile canone sulla *mora ex re* appare, a quel modo formulato, troppo ampio e inaccettabile per ciò che attiene alla entità dei danni-interessi, e si dovrà allora applicare il principio altra volta illustrato (v. s., n. 120, pag. 522-524) che *in illiquidis non fit mora*, onde interessi moratorî non decorreranno nemmeno dal giorno della domanda giudiziale, sibbene da quello dell'avvenuta liquidazione. Il che poi lascerebbe impregiudicata la questione se anche prima della liquidazione, ed eventualmente fino dal giorno del danno recato, non siano dovuti interessi correspettivi. E l'equità invero parrebbe richiederlo, perchè sempre chi gode somme di altrui spettanza, sia o no avvenuta la liquidazione, fa un lucro *sine causa* rappresentato dall'interesse sull'importo che verrà in definitiva accertato. Ma se poi badiamo alle norme che regolano fra noi siffatta specie di interessi, se pensiamo che nella stessa materia commerciale, ove più larga ne è l'applicazione, a tenore dell'Art. 41 del Codice di commercio,

---

(1) Parimenti sul terreno della mora, e però dell'Art. 1231, dovremo restare per ciò che riguarda la questione affine della *misura* degli interessi da corrispondere. Cfr. MODICA, *Op. cit.*, Cap. XVI, pag. 86-95.

(2) GIORGI, *loc. cit.*, pag. 392. Con poca coerenza, quantunque *ad abundantiam*, il GIORGI fa ricorso a questo preteso principio regolatore della *mora ex re*, dopo aver sostenuto che siamo qui fuori del terreno della mora e che l'Art. 1231 è assolutamente inapplicabile.

(3) Come fa, coerentissimo, il MESSA, *Op. cit.*, n. 154-156, pag. 246-250, dopo di avere acutamente eliminati (n. 153, pag. 241-246) tre argomenti che pure spesso ricorrono fra i suoi compagni di causa: quello dell'inapplicabilità *in massima* alle obbligazioni non contrattuali di tutte le norme del cap. III, libro III, tit. IV del Cod. civ., l'altro della impossibilità della contemporanea applicazione del principio dell'Art. 1151 e delle norme dell'Art. 1231, e finalmente quello che nega potersi parlare di interessi moratorî, non essendoci qui campo che per quelli compensativi.

vuolsi l'estremo di un debito già *liquido ed esigibile*, ci è forza *de iure condito* concludere che sulla somma liquidata per sentenza a titolo di indennità non siano prima di allora a nessun titolo dovuti interessi dal danneggiante al danneggiato. Gli è piuttosto che nella estimazione del danno il giudice terrà calcolo del perduto lucro dal giorno del danno subito a quello della definitiva liquidazione come di un coefficiente della liquidazione stessa, in altre parole ne terrà calcolo nella determinazione della somma capitale che dichiara dovuta a titolo di risarcimento (1) e sulla quale da allora, ma da allora soltanto, decorreranno gli interessi di mora.

145. DELL'ANATOCISMO. Ad esaurire la presente materia resta che parliamo del cosidetto *anatocismo*, vocabolo che deriva dal greco (ἀνά = sopra, τόκος = frutto, interesse) e significa gli interessi che vengono prodotti dagli interessi di un capitale, in altre parole la capitalizzazione degli interessi acciocchè fruttino a loro volta (2).

Per cominciare dal Diritto romano, troviamo che l'anatocismo non tardò ad essere avversato, limitandolo prima, da ultimo proscrivendolo affatto, al che pensa taluno (3) abbia concorso un duplice motivo, un motivo di equità verso i de-

---

(1) Conformi nelle conclusioni A. BRUNETTI, *Degli interessi sul capitale dovuto per risarcimento dipendente da delitto o quasi delitto*, in *La Legge*, XLIV (1904), col. 187-198 e ALBERTARIO, *Della decorrenza degli interessi sulle somme liquidate per danno aquiliano*, (in *Monit. dei Trib.*, LI (1910), pag. 21-25), della cui giusta osservazione finale ho tenuto conto con l'enunziare in forma più recisa il cómpito del giudice di determinare l'indennizzo in una tal somma capitale che includa essa il lucro cessante.

Convengo poi con questi due ultimi scrittori ai quali non mi pare opponga sufficiente confutazione il MESSA, n. 154, pag. 248-249, che là dove la legge consente retroattività al momento del fatto in mala fede compiuto per ciò che riguarda il decorso degli interessi (es. art. 1147, 1710 e simili) trattasi di restituzione di una data cosa ovvero di somme di danaro ben certe e note, cioè fino *ab origine* determinate.

(2) Cfr., fra altri, CARAFFA, v.° *Anatocismo* in *Digesto it.*, Vol. III, Parte I (Torino, Unione 1895), (pag. 197-208), n. 1, pag. 197, DE RUGGIERO, v.° *Anatocismo*, *in Dizionario prat. dello Scialoja*, Vol. I, pag. 177-180, MESSA, *Op. cit.*, n. 51-60, pag. 101-120.

(3) SCHUPFER, cit. *Obbligazioni*, pag. 27.

bitori, esposti altrimenti a soverchio aggravio e al pericolo di completa rovina, d'altra parte un certo amore alla *elegantia iuris*, con la quale pareva incompatibile il lasciare che una accessione, quali sono gli interessi, ne partorisse un'altra: «*accessio accessionis non datur*». Apprendiamo precisamente da CICERONE (1) che primieramente dai pretori fu l'anatocismo ridotto ad un anno (*anatocismus anniversarius*), non permettendo in altre parole che si potessero pretendere interessi sugli interessi prima che ne fosse compiuta un'intera annualità; che poi anche questo fu vietato. Divieto ribadito da GIUSTINIANO, che lo rafforzò cercando di togliere ogni via per eluderlo, oltre al mantenere la grave sanzione dell'infamia, già comminata dagli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO (2).

Quanto al diritto canonico è noto com'esso condannasse gli stessi interessi dei capitali: a fortiori dunque era escluso che si potesse parlare secondo i canoni di anatocismo, il quale pertanto, sotto l'influenza concorde del Diritto romano e del canonico, si trovava proscritto generalmente quando si compilarono i nuovi Codici (3). Questi poi si comportarono variamente in proposito: quali sancirono il tradizionale assoluto divieto, quali invece più opportunemente permisero l'anatocismo, circondandolo bensì di savie cautele e di limitazioni, dirette ad impedire ch'esso diventasse strumento vessatorio in mano agli usurai e causa d'inopinata rovina pei debitori. È questo infatti il partito razionalmente preferibile. Gli interessi scaduti rappresentano una somma di danaro, che il creditore avrebbe potuto reinvestire, se gli fossero stati pagati in tempo, onde in massima non si sa vedere perchè non abbiano a fruttificare ulteriormente. Ma d'altra parte un ana-

(1) CICER., *ad Atticum*, V, 21, 11-13.

(2) V. su tutto ciò l. 26 § 1 D. de condict. indeb. 12, 6 di ULPIANO, relativa però piuttosto agli interessi di interessi futuri, non già d'interessi scaduti, l. 27 D. de re iudic. 42, 1 di MODESTINO, l. 20 Cod. ex quib. caus. inf. irrogat. 2, 12 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, l. 28 Cod. de usur. 4, 32 e l. 3 Cod. de usur. rei iudic. 7, 54, entrambe di GIUSTINIANO.

(3) CARAFFA, *loc. cit.*, n. 3. pag. 198.

tocismo irrefrenato, che facilmente il debitore consentirebbe all'atto in cui contrae l'obbligazione e confida di poterla adempiere puntualmente, lo esporrebbe poi ad amare sorprese e a disastri, di cui non potè facilmente misurare a priori la portata per la rapidità vertiginosa onde si accrescerebbe il debito in virtù dei cosidetti *interessi composti continui*. Ricordiamo in questa materia, come quelli che più ci interessano, il *Codice francese*, l'*austriaco* e l'*albertino*. Nell'originario Progetto francese, precisamente della Commissione dell'anno VIII, l'anatocismo era affatto proibito, ma poi fu definitivamente accolto in base alla considerazione fatta dal TREILHARD al Consiglio di Stato, che, se è legittimo il prestito ad interesse, lo dev'essere del pari la capitalizzazione degli interessi scaduti e alle analoghe osservazioni dell'oratore del Governo, il BIGOT-PRÉAMENEU (1). Di qui l'art. 1154 del *Codice francese*, che permette in massima l'anatocismo, solo esigendo che trattisi di interessi dovuti almeno per un'annata intera (ricompare dunque l'antico *anatocismus anniversarius*) e che intervenga all'uopo o una domanda in giudizio o una convenzione speciale.

Il *Codice austriaco* dispone al § 998: « Non possono mai prendersi gli interessi degli interessi. Di quelli tuttavia che sono dovuti per due o più anni si può, mediante convenzione, costituire un nuovo capitale ». (Analogamente il *Landrecht prussiano* (I, 11, §§ 818, 819) e il *Codice sassone* (§§ 679, 680). Il primo poi esige (§ 820) che questa convenzione segua giudizialmente: d'altra parte al § 821 dichiara dovuti gli interessi sugli interessi arretrati, al pagamento dei quali il debitore sia stato condannato per sentenza). E simile convenzione, trasformante in capitale gli interessi arretrati di non meno di due annualità, consideravasi dai commentatori del Codice austriaco come operante novazione, donde p. es. la conseguenza che, non risguardandosi più il nuovo credito come un accessorio del capitale, ma nuovo capitale esso stesso, non godeva delle guarentigie (es. ipoteca) fornite pel debito

(1) FENET, XIII, pag. 66 e pag. 236.

originario (1). (Di novazione esplicitamente parlava in simil caso il *Codice sassone*). Senonchè anche in Austria le cose oggidì sono cambiate in virtù della Legge 14 giugno 1868, n. 62, con la quale, fra altro, fu al § 3 stabilito potersi esigere l'interesse dell'interesse: *a*) quando sia stato espressamente pattuito, *b*) quando sia promossa l'azione per il pagamento degli interessi scaduti, e allora dal giorno in cui fu intimata la petizione. Vi si soggiunge che la misura dell'interesse dell'interesse si regola secondo la convenzione (e qui va rilevato che il § 1 della Legge in esame tolse il limite legale nella misura dell'interesse convenzionale): ov'essa non sia stata pattuita, s'intenderà l'interesse legale.

Il *Codice albertino* del 1837, all'Art. 1245, aveva in via assoluta bandito l'anatocismo, disponendo: « Gli interessi scaduti dei capitali non possono produrre interessi nè in forza di domanda fatta giudizialmente nè in vigore di convenzione delle stesse parti. Possono bensì gli interessi scaduti produrre interessi quando, o per sostituzione all'antico debito di un altro debito di specie diversa, ovvero per mutazione della persona del debitore o del creditore, gli interessi assumono la natura di capitale ». Senonchè negli stessi Stati sardi il divieto dell'anatocismo fu poi tolto dall'Art. 2 della Legge 5 giugno 1857. Essa si ispirò in sostanza al Codice francese, ma aggiungendo particolarità e specificazioni utilissime a dirimere certe questioni, che pur si agitano in Francia di fronte al citato Art. 1154 di quel Codice. Questa legge sarda servì perfettamente di modello al nostro legislatore, che, quasi testualmente riproducendola, dispose all'Art. 1232 nei seguenti termini: « Gli interessi scaduti possono produrre altri interessi o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda, e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi. Nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini. L'interesse

---

(1) Cfr. p. es. BASEVI, cit. *Annotazioni*, sul § 998, n. 2, pag. 478.

convenzionale o legale d'interessi scaduti per debiti civili non comincia a decorrere se non quando trattasi d'interessi dovuti per un'annata intera, salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quanto fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti ».

146. Dall'articolo testè citato, del quale trovasi data ampia giustificazione nella *Relazione Pisanelli* (1) si trae che, acciò abbia luogo valido anatocismo, occorrono i seguenti estremi:

1) che si tratti di interessi scaduti e per non meno di un'annata intera. Che non si potesse ammettere anatocismo su interessi di là da scadere (*usurae futurarum usurarum*) è ovvio. Ma anche per quelli già scaduti parve necessario un limite, temendo, ove si ammettesse la capitalizzazione di rate più brevi di un anno, quel rapido incremento del debito che la legge ha mirato a frenare (2). La legge parla di interessi dovuti per un'annata intera; noi ne abbiamo modificata la dizione, sostituendovi la formula: « per non meno di un'annata intera », perchè, avuto riguardo al testè detto motivo che anima la disposizione, se essa vale per interessi arretrati di dodici mesi, a fortiori varrà per interessi arretrati di tredici, di quindici, ecc. Il requisito in discorso è voluto anche se gli interessi del capitale fossero pagabili a rate minori di un anno. Esempio. Tizio mi presta oggi duemila lire al 5 %, interessi pagabili di semestre in semestre, cioè lire cinquanta ogni sei mesi. Scade la prima rata ed io non gli pago le 50 lire. Su queste non può aver luogo a partire dalla scadenza l'anato-

---

(1) *Relazione Pisanelli*, n. 147, pag. 90-91 del Vol. I della più volte citata Collezione GIANZANA.

(2) Contro questa restrizione veggansi le censure dei Sigg. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e vol. cit.*, n. 534, pag. 554-555 (3e. éd.), sia perchè non valeva la pena di proibire la capitalizzazione fatta per periodi più corti di un anno, essendo le differenze trascurabili (al 5 0/0 la capitalizzazione per annate intere raddoppia il capitale in anni 14, 21, la capitalizzazione per mesi in anni 13, 93, per settimane in anni 13, 78), sia perchè è facile l'eludere il divieto, fingendo di aver ricevuto a scadenza (es. di un semestre) l'importo degli interessi e poi di averlo riconsegnato al debitore a titolo di mutuo quale nuovo capitale fruttifero.

cismo: soltanto nel caso che allo scadere dell'anno io mi trovassi in arretrato di tutte due le rate unite, comincierà ad essere possibile l'anatocismo sulle complessive lire cento. Ma questo non *ipso iure*, chè all'uopo occorrerà:

2) o una giudiziale domanda, che sia appunto esplicitamente rivolta ad avere oltre gli interessi scaduti (le lire cento) anche gli interessi dei medesimi (1), oppure una convenzione posteriore alla scadenza, con la quale aggiunta (*posteriore alla scadenza*) si è eliminata la questione che si fa al proposito in Francia, poichè l'Art. 1154 di quel Codice parla di convenzione senza altro (2). Se dunque nell'esempio dianzi recato all'atto stesso del mutuo si fosse stipulato che, cadendo io in mora nel pagamento degli interessi di un'annata, comincieranno da allora a correre sopra i medesimi altri interessi, ciò non terrebbe, e le cento lire di interessi arretrati dopo l'anno rimarrebbero per Tizio infruttifere. Con siffatto provvedimento, che ha perfetto riscontro nel *Codice svizzero delle obbligazioni* (3)

---

(1) È ben lungi dunque dal bastare all'uopo un qualsiasi atto di costituzione in mora. Cfr., fra altri, CARAFFA, *loc. cit.*, n. 15, pag. 201, DE RUGGIERO. *loc.. cit.*, pag. 178, MESSA, *Op. cit.* n. 58, pag. 114-115, coi quali pure concordo nel ritenere che la domanda debba essere proposta in modo regolare e davanti a giudice competente, senza di che non avremmo quel titolo equiparabile ad una regolare convenzione che la legge domanda, com'ebbe giustamente a notare la Corte di Cass. di Roma, con sent. 28 Aprile 1898 in causa Sirignano - Del Drago *Fôro it.*, XXIII (1898) p. I, col. 662-675. Invano si invocherebbe in contrario l'art. 2125 Cod. civ., avente ben altra finalità, come nitidamente è dimostrato nella citata sentenza.

(2) Cfr., fra tanti, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 344, pag. 405-407, DEMOLOMBE, *Op. cit.*, XXIV, n. 656, pag. 648 e segg., HUC, *Op. cit.*, VII, n, 164, pag. 232, PLANIOL, *Op. cit.*, Vol. II. n. 2102, pag. 664, i quali tutti stanno per la soluzione divenuta legge fra noi, e veggansi pure le altre autorità ivi allegate in un senso e nell'altro. Rilevo specialmente tra i favorevoli alla tesi opposta LAROMBIÈRE, *Op, cit.*, Vol. I, sull'Art. 1154, n. 6, pag. 96-97, AUBRY e RAU, *Op. cit.*, IV, § 308, pag. 109-110, testo e nota 58.

(3) *Cod. svizzero delle obbl.*, Art. 314 (identico all'art. 335 1.° comma del Codice del 1881): « Non è valido il patto preventivo che gli interessi verranno aggiunti al capitale e produrranno nuovi interessi. . . »

e nel *Codice civile germanico* (1), si intese di venire in aiuto al debitore, che forse per leggerezza, non essendo capace di valutarne a priori i gravosi effetti, o perchè pressato dal bisogno che gli fa accettare qualunque patto, o perchè fiducioso nel momento in cui contratta che potrà poi far onore puntualmente ai suoi impegni, per una od altra, dico, di siffatte cause facilmente consentirebbe di vincolarsi a priori all'anatocismo. (2)

Dati gli esposti due estremi quale sarà il tasso degli interessi sugli interessi scaduti? Anche qui il legislatore nostro si è spiegato, cosa che non ha fatto il francese, stabilendo che nel caso di giudiziale domanda gli interessi degli interessi saranno al tasso legale, nel caso di convenzione in quella misura che alle parti piacerà di pattuirvi.

Altro punto su cui tace il Codice francese è quello del momento da cui l'anatocismo decorre. Orbene, il Codice nostro, sempre seguendo la già citata legge sarda, si è spiegato per ciò che riguarda la domanda giudiziale, dicendo che allora gli interessi sono dovuti dalla data di questa. Ma anche esso è muto sulla decorrenza dell'anatocismo pattuito mediante convenzione speciale. Questo silenzio non può che interpretarsi in senso favorevole alla libertà dei contraenti, che sappiamo essere la regola generale. E però non diremo che non possano le parti fissare la decorrenza degli interessi sugli interessi scaduti altro che dal giorno in cui fanno il patto speciale per l'anatocismo, potranno invece benissimo in questo patto portarne più addietro il punto di partenza, col solo limite di non far correre interessi sovra interessi scaduti da

---

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, § 248: « Eine im Voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig ».

(2) Il *Codice civile spagnuolo* del 14 luglio 1889 (art. 1109) non contempla che l'ipotesi di domanda giudiziale, dalla cui data fa decorrere l'interesse legale sugli interessi civili scaduti; tace della convenzione. Ma il silenzio, a giudizio di E. Bianchi, *Studio analitico sul nuovo Cod. civ. spagnuolo* (Firenze, Pellas 1891), pag. 93-94, non significa divieto: è piuttosto da trarne la conclusione che non sussistano per quel Diritto i limiti posti da noi, sì che la convenzione possa essere anco anteriore alla scadenza e avere effetto ancorchè non sia dovuta un'annata intera.

meno di un'annata. Esempio. Tizio è debitore moroso verso di me di tre annate di interessi sulle Lire duemila che ha al 5 %, cioè di trecento lire. Oggi facciamo la convenzione con cui si fissa l'anatocismo. Sarebbe errato il credere che non si possa stabilire se non che gli interessi corrano sulle trecento lire da oggi, può invece validamente pattuirsi che Tizio a partire da oggi mi debba appunto sino al pagamento della somma gli interessi sulle trecento lire, ma per di più mi debba due annate di interessi sulle prime cento, una sulle seconde cento. Nè qui ci sono da temere quegli inconvenienti che fecero proscrivere il patto d'anatocismo anteriore alla scadenza degli interessi, perchè, questi essendo per ipotesi già scaduti, il debitore è in grado di misurare tutta la gravità del patto che accetta e che avviene, per dir così, a fatti compiuti, sicchè non si può affermare ch'egli abbia, come suol dirsi, lo schioppo alla gola e consenta perchè il bisogno ve lo urge (1).

Posto che ricorrano tutti gli estremi descritti di un lecito anatocismo, gli interessi scaduti vengono a conglobarsi col capitale: del loro ammontare può dirsi, adoprando una locuzione delle fonti romane, che *sors efficitur*. Nè ci sarebbe plausibile motivo per negare che a loro volta i frutti prodotti da quegli interessi capitalizzati potessero in seguito, alla pari degli ulteriori frutti del capitale originario, formar oggetto di anatocismo entro quei limiti già discorsi che lo rendono lecito (2).

---

(1) Su ciò veggasi E. BIANCHI, *La retroattività dell'anatocismo convenzionale* in *Archivio giuridico*, XVIII, pag. 27 e segg., riprodotto nei suoi *Studi ed appunti di Diritto civile* (Pisa, Nistri 1887), pag. 247 e segg., del quale in questa parte mi sono valso. Conformi pure GIORGI, *Op. cit.*, II, n. 136, pag. 212 (7ª ed.) CHIRONI, *Colpa contr.*, n. 283, pag. 632, MESSA, *Op. cit.*, n. 57, pag. 112.

(2) Conf. MESSA, *Op. cit.*, n. 59, pag. 116. Contra CARAFFA, *loc. cit.* n. 11, pag. 200 ed oltre alla sent. 28 maggio 1888 della Cassazione di Napoli ricordata dal MESSA, in *La Legge* XXVIII (1888) II, 373, la più recente sent. 3 marzo 1910 della Cass. di Palermo (causa Mastrogiovanni c. De Michele) in *Monit. dei Trib.*, LI (1910), pag. 965.

146 bis. Alle regole sin qui esposte sull'anatocismo si fanno talune eccezioni.

Va da sè che dette norme proibitive non potranno essere derogate da disposizioni o convenzioni private (Art. 12 Disp. prelim. del Cod.)

Invece una prima e lata eccezione è fornita dalle materie commerciali, nelle quali, dice l'Art. 1232, l'interesse degli interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini. Com'è che si fa richiamo ad usi e consuetudini e non anche a leggi mercantili, prima fra tutte il Codice di commercio? Perchè il Codice di commercio entrato in vigore assieme al civile nel 1866 nulla conteneva su ciò di speciale. Ma oggi invece è il caso di completare quel richiamo dell'Art. 1232 riferendosi anche al Codice di commercio, dacchè quello in vigore, attuato il 1° Gennaio 1883, racchiude esplicite disposizioni relative al *conto corrente,* per effetto delle quali sono adottati, in tema di anatocismo, principî diversi da quelli che valgono in materia civile. Il *conto corrente* importa una reciproca concessione di credito fra due persone, fra le quali sono frequenti rapporti d'affari, che ne riescono così notevolmente semplificati. Ciascuna parte divien proprietaria dell'importo delle rimesse che riceve dall'altra e se ne costituisce verso di essa debitrice con gli interessi relativi dal giorno dell'esazione, cioè dal giorno dell'effettivo incasso del valore portato dalla rimessa. Di quando in quando i correntisti regolano le loro partite, e in questo regolamento pertanto, che può seguire sempre che a loro piaccia, p. es. ad ogni trimestre, si contrappongono e si elidono fino al comune importo i rispettivi crediti per capitali ed interessi. Il reliquato o saldo, nella cui formazione adunque entra anche il calcolo degli interessi sulle reciproche rimesse, viene intestato come prima partita del conto, che riprende, così semplificato, il suo corso e questa prima partita tosto fruttifica. Ecco dunque fatta eccezione con queste norme, le quali si desumono dagli Art. 345 e 347 Cod. comm., alla massima di Diritto civile che capitalizzazione non possa aver luogo di interessi scaduti da meno di un anno. Lo di-

chiara apertamente la Relazione fatta alla Camera dei Deputati sul Progetto del Codice di commercio il 2 luglio 1880 (1). Nè si dimentichi d'altra parte il disposto dell'Art. 41 del Codice di commercio, relativo per verità ad interessi non moratorî, ma correspettivi, come altrove fu detto (v. s., n. 140, pag. 645). Per esso anche il debito di interessi, subito che abbia i caratteri della liquidità e della esigibilità, è a sua volta produttivo di interessi. (2).

L'Art. 1232 contiene un'altra eccezione quanto al principio che interesse non possa decorrere sovra interessi dovuti per meno di un'annata, soggiungendo « salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quanto fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti ». La natura di questi benemeriti enti e la funzione sociale che esplicano parvero tali da rassicurare contro i descritti pericoli di un irrefrenato anatocismo, e forse sarebbe stato bene che essi fossero stati esplicitamente dispensati anche dall'altra limitazione, che potessero cioè, in virtù dei proprî regolamenti, pattuire coi terzi a cui fanno prestiti l'anatocismo *anche prima* della scadenza degli interessi. Ma il sostenere questa ulteriore tesi, allo stato attuale della nostra legislazione, cioè di fronte al testo per nulla ambiguo dell'Art. 1232 ult. capov., parmi alquanto azzardato (3).

---

(1) cit. *Relazione* Mancini-Pasquali, n. XLIII, pag. 35, dove pur si nota che qui la ulteriore fruttificazione avviene *ipso iure* non occorrendo patto *ad hoc* o domanda giudiziale, nel che sta altra deroga alle norme comuni sull'anatocismo. Convengo poi con chi dalla generalità dei termini degli art. 347 capov. e 345 n. 3 del Cod. comm. trae l'applicabilità di siffatte norme anche al caso (art. 6 capov. Cod. comm.) in cui il conto corrente, che non ha causa commerciale rispetto alle persone non commercianti, non è atto di commercio. Cfr. CHIRONI, *Op. cit.*, n. 283 pag. 632 e MESSA, *Op. cit.* n. 56, pag. 111.

(2) Così BOLAFFIO, cit. *Commento del Cod. di comm.*, Vol. I, sull'Art. 41, n. 290, pag. 513.

(3) Vi si rifiutò pertanto la Corte di Cass. di Firenze (causa Monte dei Paschi c. Romani Cantucci) con sent. 18 novembre 1901, in *Foro it.*, XXVII (1902) p. I col. 171-175 e in *La Temi*, XXVII (1902), pag. 22-23, abbandonando il contrario avviso ch'essa aveva adottato con sent. 5 luglio 1894 (causa Cassa di

Finalmente una terza eccezione alle norme comuni sull'anatocismo la si desume dall'art. 1233 per quanto riguarda i frutti maturati delle rendite perpetue e vitalizie, i quali, ivi è detto, producono interessi dal giorno della giudiziale domanda o della convenzione. Bisogna intanto supporre si tratti di rendite costituite mediante pagamento di un capitale in danaro, perchè si resti nel nostro campo o almeno perchè fosse, nel silenzio del Codice, legittimato il dubbio che si dovessero applicare le norme restrittive dell'anatocismo. Esempio: Tizio dà ventimila Lire a Caio obbligandosi a non più ripeterle, e Caio a sua volta per sè e successori all'infinito si obbliga a corrispondere annualmente a Tizio o successori suoi lire mille. Si ha allora quella rendita perpetua che dicesi rendita semplice o censo (Art. 1782), e quelle mille lire annue tengono in verità degli interessi di un capitale, seppure addirittura non si vogliono così qualificare. Parimenti supponiamo che trattisi di rendita vitalizia. Tizio ha date a Caio diecimila lire a fondo perduto, a patto che annualmente, vita sua natural durante, gli vengano da Caio corrisposte lire mille: anche qui queste lire mille si presentano sotto l'aspetto di un interesse, interesse elevato (del 10 anzichè del 5 o/o) in vista dell'alea ine-

---

Risp. di Pistoia c. Del Conte e Fabiani) in *La Legge*, XXXIV (1894), vol. II, pag. 329-330 e in *Temi Ven.* XIV (1894), pag. 379 —. *Contra*, cioè per l'antica giurisprudenza della Corte fiorentina, BOLAFFIO in *La Temi*, *loc. cit.*, CARAFFA *loc. cit.*, n. 14, pag. 201, MESSA, *Op. cit.* n. 56, pag. 109-110. VENZI, nota *n* al L. IV, Tit. I cap. VI delle *Istit. di Dir. civ.* del *Pacifici-Mazzoni*, pag. 484-485. A favore invece della tesi più rigida CHIRONI, n. 284 pag. 633 e Direzione del periodico *La Legge*, a commento della prima sentenza fiorentina, *loc. cit.* Del resto io penso che l'eccezione in discorso sia stata dettata avendo riguardo non tanto ai mutui che le Casse di risparmio ed altri simili enti fanno a terzi, dove pur sempre i mutuatarî possono trovarsi da illimitato anatocismo gravati ad onta della indiscussa moralità del mutuante, quanto piuttosto in riguardo ai depositi che ricevono e sui cui interessi quegli enti possano pei loro *regolamenti* prestare l'anatocismo anche fuori delle regole ordinarie, così come già *per legge* avviene pei depositi fatti alle Casse di risparmio postali, dove ogni fin d'anno l'interesse maturato, sia pure di giorni quindici, si aggiunge al capitale versato e diventa fruttifero, Art. 5 penult. capov. della L. 27 Maggio 1875, n. 2779, (serie 2ª).

rente al contratto, perchè il giorno in cui Tizio muoia (anche se ciò avvenga l'indomani della stipulazione) Caio nulla più dovrà ad alcuno. Ebbene, supponiamo che in ambo i casi quelle mille lire si fossero stipulate pagabili in due uguali rate semestrali, di cinquecento lire l'una. Non pagato il primo semestre, può subito Tizio domandare giudizialmente le cinquecento lire, più gli interessi sovr'esse dal giorno della citazione, ovvero convenire sovr'esse un interesse con Caio; eppure non si è ancora maturata un'annata. Non basta, l'Art. 1233, parlando di convenzione in genere, mostra che non è nemmeno qui richiesto ch'essa sia posteriore alla scadenza (1). Caio, che per momentanei imbarazzi sa di non poter pagare alla scadenza del prossimo semestre le cinquecento lire, può fin d'ora validamente stipulare con Tizio che gli corrisponderà sovr'esse gli interessi in una data misura. Anche qui il patto tiene, mentre non terrebbe se stessimo alle regole generali, perchè anteriore alla scadenza. E tutto questo perchè? Perchè non parvero qui temibili le insidie degli usurai e le gravi conseguenze del rapido ingrossamento del debito a carico dell'obbligato, attesa la irripetibilità del capitale (2).

146 ter. Ma se ancora può reggere, per la naturale assimilazione della rendita annua agli interessi, che si parli di eccezione alle norme sull'anatocismo in quest'ultima ipotesi di rendite vitalizie o di censi, vere eccezioni invece non sono gli altri casi contemplati nel 1° comma dell'Art. 1233, ad onta del modo ond'è formulato e del posto che tiene nel Codice. Riproduciamolo nella sua integrità: « Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue e vitalizie, producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della convenzione ». Che i fitti, che le pigioni, che le rate scadute di una rendita perpetua fondiaria costituita cioè (Art. 1780) per prezzo d'alienazione o qual condizione di cessione di immobili (e non di capitali come la rendita semplice)

---

(1) Cfr. Chironi, *Colpa contratt.*, n. 285, pag. 634.

(2) Cfr., fra tanti, Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II, n. 140, pag. 215 (7a ediz.).

possano liberamente produrre interessi senza sottostare alle restrizioni proprie dell'anatocismo, era naturale e veniva da sè, perchè qui dell'anatocismo mancano gli estremi, non essendo i fitti, le pigioni o le rate di una rendita fondiaria interessi di una somma di danaro. E più che inutile è stato dannoso l'occuparsene, perchè lo si è fatto tenendo presente l'Art. 1155 del *Codice francese* (1), senza ricordare una differenza fra le due legislazioni quanto alla costituzione in mora. Gli interessi di mora sopra una somma di danaro dovuta non correvano di regola in Diritto francese, già lo sappiamo, che dal giorno della domanda giudiziale giusta l'Art. 1153, ult. capov. del Codice Napoleone, prima che, a modificarlo in questa parte e a completarlo in altra, fosse emanata la Legge del 7 Aprile 1900; presso di noi invece dal giorno della mora (Art. 1231), cioè dal giorno della scadenza, se il debito pecuniario è a termine fisso (dies interpellat pro homine), o altrimenti dal giorno dell'intimazione od altro atto equivalente senza che ci sia bisogno di una formale citazione (v. s., n. 144, pag. 655). Or dunque se il Codice avesse taciuto, come doveva tacere trattandosi di ipotesi estranee al tema dell'anatocismo, ne sarebbe venuto che, scaduta ad esempio la rata semestrale di fitto (obbligazione pecuniaria a termine), dal giorno della scadenza sarebbero corsi sopra di essa gli interessi a prò del locatore. Invece, avendo voluto ricondurre impropriamente questa materia sotto l'anatocismo per indicare che ad essa non se ne applichino le restrizioni, si introdusse inavvertitamente, copiando il Codice francese, un requisito che non ci dovrebb'essere, cioè quello della giudiziale domanda perchè decorrano interessi di mora sopra somme dovute a titolo di fitti, pigioni e simili.

Così è altrettanto improprio il configurare come un'ecce-

---

(1) *Cod. francese*, Art. 1155: « Néanmoins les revenus échus tels que fermages, loyers, arérrages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'applique aux restitutions de fruits et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur ».

zione alle regole limitatrici dell'anatocismo il caso cui si riferisce il capoverso dell'Art. 1233, così concepito: « La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti e per gli interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore ». Ma a chi mai poteva passar per la mente che qui trovasse applicazione l'Art. 1232 contenente le norme sull'anatocismo? Il caso è il seguente: « Un mio amico Tizio, soccorrendomi in un momento d'imbarazzo economico, paga per me lire cinquecento a Caio quale rata semestrale d' interesse sul prestito di lire ventimila fattomi da Caio al 5°/₀. Evidentemente gli è come se Tizio avesse prestate a me quelle cinquecento lire, ed io con esse avessi soddisfatto quel debito della rata semestrale a Caio. Troppo naturale quindi, senza bisogno che la legge lo dicesse, che i limiti proprî dell'anatocismo non si debbano applicare nei rapporti fra me e l'amico Tizio.

Lo stesso si dovrebbe dire in un altro caso che la legge non contempla, che cioè una persona abbia ricevuti gli interessi scaduti per conto del creditore. Allora su questa somma riscossa e della quale dovrà al creditore rendere conto, correranno a favor del creditore stesso gli interessi secondo le regole generali, perchè quella somma, nelle mani di chi la ha ricevuta *sors efficitur,* per dirla alla romana (1). Ed è bene che questo caso sia sfuggito qui al legislatore nostro, che invece ha impropriamente racchiuso nell'Art. 1233 il caso precedentemente esaminato: così non si ha qui l'anomalia, già sopra censurata, del richiedersi domanda giudiziale per la decorrenza degli interessi. Questa si regolerà con le solite norme proprie della mora, e lo conferma, a proposito del mandato, l'Art. 1750 col dire: « Il mandatario deve gli interessi delle somme.... di cui è rimasto in debito dal giorno in cui fu costituito in mora »; delle *somme,* cioè di quelle esatte, a

---

(1) È l'epressione che troviamo nella l. 58, § 4 D. de adm. et peric. tutor. ecc. 26, 7 di SCEVOLA. Ma il principio è pure affermato nella stessa legge al § 1, nonchè nella l. 7, § 12 D. eod. di ULPIANO e nella l. 10, § 3 c. f. D. mand. 17, 1, pure di ULPIANO.

qualunque titolo le abbia esatte dai debitori del mandante, cioè sia come capitali, sia come interessi.

Per analoghe ragioni non costituisce nemmeno eccezione alle regole dell'anatocismo ciò che per legge vale riguardo al tutore, tenuto (Art. 291) a convocare in principio di tutela il Consiglio di famiglia, perchè, stabilita per approssimazione l'annua spesa per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio, fissi la somma da cui comincia l'obbligo pel tutore di impiegare gli avanzi delle rendite, il modo dell'impiego e il tempo entro il quale dev'essere fatto: stabilisce, p. es, che delle rendite del pupillo derivanti da fitti, interessi di mutui, ecc. sino a lire duemila si tengano per la predetta annua spesa, dalle duemila in su si impieghino in rendita dello Stato. Ecco allora dovuti dal tutore gli interessi sopra una somma che può essere in tutto o in parte costituita a sua volta da interessi riscossi per il minore. Ed a maggior sanzione il capov. del citato Art. 291 dispone: « Il tutore che avrà ommesso di provocare le deliberazioni del Consiglio di famiglia su questi oggetti, diventerà responsabile, alla scadenza di tre mesi, degli interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie ». Sarebbe mancare altrimenti all'obbligo incombente ad un buon amministratore di rinvestire le somme riscosse per gli amministrati, somme che son pur sempre capitali in sue mani, anche se riscosse come interessi di capitali fruttiferi dell'amministrato (1).

147. In materia di interessi arretrati, dopo l'anatocismo, merita di essere ricordata un'altra restrizione, che però da noi non ha più che un'importanza storica: una costituzione dell'imperatore ANTONINO, diventata la l. 10 Cod. Just. de usur. 4,32 stabiliva non ammettersi *usurae* arretrate *ultra alterum tantum*, cioè non si poteano domandare interessi eccedenti pel loro cumulo l'importo del capitale. GIUSTINIANO poi va più in là e con una serie di costituzioni stabilisce che, anche

(1) Cfr. CARAFFA, *Op. cit.*, n. 40, pag. 207.

quando non si tratti di interessi arretrati, ma pagati via via regolarmente, essi cessino di correre quando oramai il loro importo avesse pareggiato il capitate (1). Cosa altrettanto assurda come lo sarebbe il disporre che chi abita una casa a titolo di conduzione da tanti anni, che, sommate assieme le annualità di pigione da lui esborsate al locatore, darebbero ormai il valore della casa, dovesse quind'innanzi goderla gratuitamente. Intanto della prima di siffatte restrizioni, propria del Diritto romano dei tempi classici, troviamo pur traccia in qualche legislazione moderna, p. es. nel § 1335 del *Codice austriaco,* così concepito: « Se il creditore ha lasciato senza giudiziale interpellazione accumulare gli interessi sino alla somma del debito capitale, rimane estinto il diritto di chiedere ulteriormente gli interessi sul capitale. Questi però potranno domandarsi di nuovo dal giorno della promossa petizione ». Nulla di ciò nel patrio Diritto civile, certo in questa parte assai più ragionevole.

Fa meraviglia anzi che in Austria le leggi del 1866 e del 1868, che pure abolirono il limite nel tasso degli interessi convenzionali, quello relativo all'ammontare della clausola penale, nonchè il divieto dell'anatocismo (v. s., n. 136, pag. 622 nota 1, e n. 145, pag. 662), abbiano tuttavia rispettato il disposto del citato § 1335 del Codice civile. Tanto più la cosa stupisce inquanto quel principio trovavasi già abrogato nella monarchia austriaca in materia commerciale, in virtù dell'Art. 293 del Codice di commercio germanico del 1862, che suona: « Negli atti di commercio possono gli interessi nel loro complessivo importo superare il capitale ».

Un decreto aulico poi del 21 Novembre 1812 (*Hofdekret*, n. 1016 della *Justizgesetzsammlung*, spiega come sia praticamente possibile tanto accumularsi di interessi arretrati, pur trattandosi di crediti che si estinguono in tre anni per il § 1480. Può trattarsi di quei casi (§§ 1494, 1496) nei quali la prescrizione non corre, può darsi ancora che di tre in tre anni almeno il creditore abbia fatto una stragiudiziale interpellazione quanto agli interessi e il debitore con giustificazioni, preghiere e simili abbia riconosciuto espressamente o tacitamente il diritto del creditore di esigere gli interessi, chè per tal modo, giusta il §. 1497 la prescrizione degli interessi arretrati viene interrotta.

---

(1) l. 29, l. 30 Cod. de usur. 4, 32, Nov. 121 c. 2, Nov. 138, Nov. 160.

SEZIONE VI.

Prestazione del rischio e prestazione di colpa nelle obbligazioni alternative

SOMMARIO: 148. Premesse generiche e partizione delle varie ipotesi in tre gruppi. — 149. A) Tutte le cose alternativamente dovute periscono per una stessa causa. — 150. B) Perisce una sola delle cose alternativamente dovute. — 151. C) Periscono tutte, ma per cause diverse. — 152. Rischi pericoli e colpe in caso di semplici deteriorazioni. — 153. Derogabilità delle norme della presente Sezione per volontà delle parti.

148. Studiati gli effetti del caso, o in altre parole la teorica della sopportazione dei rischi, nonchè quelli del dolo e della colpa in rapporto alle obbligazioni in generale, importa vedere come si applicano nelle obbligazioni alternative, perchè quivi le esposte teoriche si atteggiano in un modo speciale causa la pluralità di oggetti che cadono *in obligatione* (1). A ciò si riferiscono gli Art. 1180, 1181, 1182, 1183, l'ultimo dei quali dichiara, lo sappiamo (v. s., n. 40, pag. 204-205), che le regole stabilite dai precedenti (e in generale in tutta intera quella Sezione) si applicano ai casi in cui più di due cose siano comprese nell'obbligazione alternativa. Il legislatore nostro ha inoltre tenute presenti, e neppur questa è per noi cosa nuova, avendola altrove posta in rilievo e censurata (*loc. cit.*), le sole obbligazioni alternative dove l'oggetto è un *dare*. E noi per semplicità seguiremo il Codice nella rapida nostra scorsa su tale materia, ma non senza premettere che quanto diremo circa il perimento dell'una o dell'altra cosa o di en-

---

(1) L'argomento delle obbligazioni alternative trovasi così nel presente Volume smembrato in due parti, ma tale inconveniente mi è parso minore di quello nel quale si incorre da taluno illustrando, in ordine alle alternative, le regole a loro speciali sulla prestazione dei rischi e delle colpe, prima di aver esposta la teoria della prestazione medesima nelle obbligazioni in generale. Dichiaro poi di avere nella succinta trattazione dell'argomento della presente Sezione fatto tesoro particolarmente del BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 88-95 e, fra gli stranieri, del PESCATORE, cit. *Die Wahlschuldverhältnisse*, §§. 7, 8, pag. 57-63 e §. 31, pag. 237-258.

trambe va esteso alle obbligazioni alternative di qualsiasi genere, dove l'alternativa sia fra due *facere* o fra un *dare* e *un facere*, in altre parole ad ogni ipotesi di sopravvenuta impossibilità di effettuare l'una o l'altra o entrambe le prestazioni nel vincolo obbligatorio dedotte. (1)

Ciò premesso, conviene distribuire l'intricata materia in tre grandi categorie: I) Che periscano tutte le cose comprese nell'obbligazione alternativa per uno stesso genere di cause. II) Che ne perisca una e resti quindi possibile la prestazione dell'altra. III) Che periscano tutte, ma però per cause di genere diverso. Queste cause di estinzione delle cose, di cui nelle singole categorie dovremo separatamente tener conto, sono il caso, la colpa del debitore, la colpa del creditore, intesa qui la parola colpa in senso lato, sì da comprendervi a fortiori il dolo. Finalmente altro elemento che vedremo doversi tener presente quasi sempre è se la scelta spetti al debitore od al creditore.

149. A) *Tutte le cose alternativamente dovute periscono per una stessa causa:*

a) Se trattasi di *caso fortuito* (es. il fulmine uccide e il cavallo *a* e il cavallo *b*, uno od altro dei quali io aveva promesso di dare a Tizio) l'obbligazione rimane estinta come se una sola cosa fosse stata in *obligatione*, e rimarrà l'eventuale diritto alla controprestazione (Tizio mi dovrà p. es. il prezzo pattuito).

b) Se le cose periscono per *colpa del debitore*, bisognerà vedere se la scelta spettava al debitore stesso od al creditore. Se al debitore, o le cose perirono contemporaneamente, e darà il prezzo, o, più in generale, il risarcimento per l'una o per l'altra a sua scelta: o perirono successivamente, e dovrà ri-

---

(1) Con siffatta generalità è prospettata la questione nel *Codice civ. germ.* al § 265: « Ist eine *der Leistungen* von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniss auf die übrigen *Leistungen*. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn *die Leistungen* in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Theil zu vertreten hat. »

sarcire il creditore per la perdita dell'ultima cosa perita. La scelta s'intende egli la avesse già esercitata col far perire la prima, sicchè sull'altra rimasta si concentrasse ormai l'obbligazione, e di quest'ultima dunque dovrà rispondere, stando in ipotesi che l'ha poi fatta perire ancor essa. Se la scelta invece spettava al creditore, egli potrà chiedere al debitore il risarcimento per l'una o per l'altra cosa come gli piace meglio, le abbia il debitore fatte perire unitamente o disgiuntamente.

c) Se le cose perirono per *colpa del creditore*, ipotesi certo meno frequente in pratica, il Codice non ci soccorre con le sue statuizioni. Ove al debitore spettasse la scelta, è naturale concludere che dirà egli quale delle due cose avrebbe data, esigendo pertanto dal creditore indennizzo per l'altra. Pel caso invece di scelta spettante al creditore stesso, si disputano il campo svariate opinioni (1). Io trovo lodevole la soluzione adottata dal *Codice sassone* (2) e già proposta nel *Progetto di Dresda* (3), che, se le cose perirono unitamente, il creditore possa a sua scelta dichiarare quale delle due va ad estinzione del suo credito dovendo l'indennizzo per la perdita dell'altra, se invece perirono separatamente, egli debba l'indennizzo dell'ultima per ciò ch'egli abbia inteso già di eser-

---

(1) Si veggano in DE CRESCENZIO, cit. v.° *Obbligazione, in Enciclopedia giur. ital.*, XII, Parte I, n. 214, pag. 259.

(2) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 725: « Verschuldet der Berechtigte die Unmöglichkeit der Leistung rücksichtlich sämmtlicher Gegenstände, unter welchen er die Wahl hatte, so kann er, wenn sich die Unmöglichkeit bei sämmtlicher Gegenständen gleichzeitig ereignet hat, den Gegenstand wählen durch welchen seine Forderung als erfüllt gelten soll, und seine Verbindlichkeit auf Schadenersatz beschränkt sich auf die übrigen Gegenstände, wogegen, wenn die Unmöglichkeit für die einzelnen Gegenstände zu verschiedenen Zeiten eintritt, die Forderung durch den Gegenstand, dessen Leistung zuerst unmöglich geworden ist, als erfüllt gilt, und der Berechtigte wegen der übrigen Gegenstände zum Schadenersatze verpflichtet ist ».

(3) cit. *Dresd. Entwurf*, Art. 282, la cui locuzione è quasi identica a quella del *Codice sassone*. Fra noi in questo senso BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 90-91.

citare la sua scelta, nel senso di pagarsi con la prima, fin dal momento in cui la ha fatta perire(1).

150. B) *Perisce una sola delle due cose alternativamente dovute:* Anche qui bisogna aver riguardo alla causa per cui è perita la cosa od altrimenti resa impossibile la prestazione di essa.

a) *Caso fortuito:* L'obbligazione si concentra sull'oggetto che rimane, col quale verrà adempiuta l'obbligazione, sia che la scelta spetti all'una sia che all'altra parte. Chè infatti anche se la scelta spettava al debitore, non potrebb'egli offrire il prezzo della cosa casualmente perita in luogo di quella rimasta. Invece dai più fra i romanisti si crede che questo diritto di opzione gli spettasse come *facultas alternativa* in Diritto romano, in favore di che si adducono la l. 47, § 3 D. de legat. et fideicomm. 1 (30) di ULPIANO e la l. 95 § 1 de solution. 46. 3 di PAPINIANO (2). Ma non manca chi sostiene pure in Diritto romano la più rigida opinione ch'è oggidì legge fra noi, invocando speciamente la l. 34, § 6 D. de contrah. emt. 18, 1 di PAOLO e la l. 95 pr. D. de solution. 46, 3 di PAPINIANO(3). A dir vero, quando si ammetta che l'obbligazione è diventata semplice concentrandosi sull'oggetto rimasto, è logica la conseguenza che non si possa dare il prezzo dell'oggetto perito, che

---

(1) Altri invece senza distinguere sostiene che il creditore non perda mai nemmeno in questa ipotesi il diritto di scelta. Così, p. es. COVIELLO, cit. *Del caso fortuito*, pag. 116 e gli Autori ivi citati nella nota 63.

(2) Che sia opinione prevalente fra romanisti risulta dal DE CRESCENZIO, *loc. cit.*, n. 206, pag. 251 testo e nota 1, il quale pure in favore di essa si pronuncia al pari del BELLAVITE, *loc. cit.* Come tale la dà pure il PESCATORE, *Op. cit.*, § 8, pag. 59.

(3) È la tesi strenuamente difesa dal citato PESCATORE, § 8, pag. 59-63. Ho detto che i due passi indicati nel testo sono quelli *specialmente* invocati per questa tesi, perchè i più espliciti: non sono peró i soli e si adducono pure i seguenti: l. 55 D. ad leg. Aquil. 9, 2 di PAOLO, l. 32 pr. D. de cond. indeb. 12.6 di GIULIANO, l. 2, § 3 D. de eo quod certo loco, 13.4 di ULPIANO, l. 10, § 6 D. de iure dot. 23.3 di ULPIANO, l. 9, § 2 D. de fundo dot. 23.5 di AFRICANO, l. 16, pr. D. de verb. obl. 45.1 di POMPONIO, l. 33, § 1 D. de solut. 46.3 di GIULIANO, l. 95, pr. D. eod. di PAPINIANO.

sarebbe un *aliud pro alio;* onde io trovo infondate le censure che molti autori muovono al nostro Codice su questo proposito: accolgono la premessa e non vogliono ammetterne questa necessaria conseguenza. Vuol così la logica del sistema adottato (1). Capisco benissimo che si possa vagheggiare un sistema del tutto diverso, quale si è quello del *Codice austriaco* (2) e del *prussiano* (3), secondo cui la parte che avea diritto alla scelta e che in fatto non può più esercitarla, essendo una delle cose fortuitamente perita, può recedere, se così le piaccia, dall'obbligazione. Non capisco che, tenuta necessariamente ferma l'obbligazione considerandola ormai come semplice, si possa far rivivere l'opzione avendo riguardo al valore della cosa perita.

Nessun dubbio presso di noi che tuttociò debba valere anche se la scelta spettava al creditore, il quale, dice l'Art. 1181, 1°. capov., « *deve* ricevere quella (cosa) che resta ». In Diritto germanico, pur di fronte al citato §. 265 che fissa il principio della concentrazione, c'è chi al creditore, avente diritto alla scelta, vorrebbe fatto salvo il diritto di esigere, anzichè la prestazione rimasta possibile, un surrogato dell'altra divenuta impossibile, beninteso prendendo sopra di sè le conseguenze derivanti dal mutato stato di cose. Il che certamente in taluni casi appare equo. Poniamo (traggo l'esempio dal PESCATORE) che mi sia stato da Tizio legato a mia scelta o il quadro *a* che vale

---

(1) Cfr. la mia *Dazione in pagamento*, I, n. 18, pag. 48-49. Nè c'è d'altra parte bisogno di ricorrere al principio *res perit domino*, altrove da noi combattuto, per giustificare in questa parte il Codice, come fa invece il BOURBEAU, *Théorie des risques et périls dans les oblig. en Dr. rom. et en. Dr. fr.* (Poitiers, Dupré 1865), pag. 127. Bene lo combatte il COVIELLO, *Op. cit.*, pag. 112, nota 55.

(2) *Codice austriaco*, § 907: « Quando in un contratto fu espressamente riservata la scelta, e questa si rende vana per essere accidentalmente perita una o più cose fra le quale doveva farsi, la parte cui competeva la scelta non è più obbligata al contratto. Che se la parte obbligata è in colpa, sarà responsabile di aver reso vano il diritto di scelta verso l'altra cui competeva ».

(3) *Allgem. preuss. Landr.* I, 11, § 33: « Ist dem Käufer die Wahl unter mehreren bestimmten Sachen vorbehalten worden, und eine oder die andere derselben wird, vor angestellter Wahl, es sei durch Zufall oder durch das Zuthun des Verkäufers, vernichtet, verdorben, oder sonst abhanden gebracht, so ist der Käufer an den Vertrag nicht mehr gebunden ».

50.000 lire o il quadro *b* che ne vale solo 5000. Un terzo distrugge il primo quadro: perchè debbo essere io ridotto a non poter avere che il secondo, sì che l'erede faccia egli il guadagno di L. 45.000 facendosi indennizzare da quel terzo della distruzione del quadro? Non debbo poter dire che preferisco, al quadro *a* rimasto, l'azione di indennizzo verso il terzo per il quadro *b* distrutto? E s'invoca per tale soluzione il § 281 del Codice civile germanico (1), fra il quale e l'altro 265, importante la detta concentrazione, il creditore si deciderà secondo le sue convenienze (2).

b) *Colpa del debitore:* Se al debitore stesso spettava la scelta, egli potrà liberarsi prestando l'oggetto rimasto, non potrebbe certo dare in sua vece il valore dell'oggetto perito. Se la scelta spettava al creditore egli potrà chiedere o l'oggetto rimasto o l'indennizzo per quello perito, sul quale appunto, ove non fosse perito per colpa del debitore, egli può dire che avrebbe fatta cadere la scelta.

c) *Colpa del creditore:* Di questa men frequente ipotesi il Codice tace. I principî razionali da adottarsi sembrano i seguenti. Aveva egli il diritto di scelta? Ebbene, si intenderà l'abbia esercitata col far perire quella cosa, e con essa si intenderà senz'altro adempiuta l'obbligazione, dalla quale oramai si svincola la cosa rimasta. Ovvero il diritto d'opzione spetta al debitore, ed egli deve avere la facoltà o di pagare con l'oggetto rimasto ed esigere il risarcimento per quel o perito, o di svincolare dalla obbligazione l'oggetto rimasto, mettendo in conto di adempimento la cosa perita. Non deve in verità il fatto del creditore menomare al debitore il suo diritto di scelta. Di cosifatta soluzione non mancano in ve-

---

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. d. R.*, §. 281: « Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen ».

(2) Così PESCATORE, *Op. cit.*, §, 31, pag. 240-242, il quale cita poi autori pro e contra in nota 9 a pag. 242.

rità esempi legislativi. Così infatti opportunemente disponeva il *Codice sassone* (1) e così proponeva il *Progetto di Dresda* (2).

151. C) *Tutte le cose alternativamente dovute sono perite, ma per cause varie*: Una cosa p. es. è perita per caso, l'altra per colpa del debitore o per colpa del creditore. Si hanno qui allora delle ipotesi che si risolveranno combinando i principî sovraesposti che regolano i casi semplici di perimento di una delle cose *in obligatione* per una od altra causa. Soffermiamoci tuttavia sopra una di queste ipotesi, seguendo il Codice che la contempla nel 2° capov. dell'Art. 1180 e nel 2° dell'Art. 1181, che cioè una cosa sia perita per caso e l'altra per colpa del debitore:

a) *Scelta spettante al debitore*: Dice il cit. capov. dell'Art. 1180: «Se ambedue le cose sono perite, e il debitore è in colpa riguardo ad una di esse, deve pagare il prezzo di quella che perì l'ultima». Sono due casi qui possibili, che cioè la prima cosa perita sia perita per un fortuito e la seconda per colpa del debitore, e viceversa. Nel primo caso apparisce subito la giustezza della disposizione. Perita per caso una cosa, l'obbligazione oramai si è concentrata sull'altra come se fosse stata semplice fin dall'origine; quando poi questa seconda cosa perisce per colpa del debitore, è naturale che egli debba per essa indennizzo. Ma nel secondo caso, che cioè la prima cosa perisca per colpa del debitore e la seconda per un fortuito, si potrebbe a prima vista credere ch'egli nulla dovesse. Infatti perita la prima cosa, sia pure per sua colpa, l'obbligazione rimane ormai concentrata nell'altra, a termini

---

(1) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 724: «Verschuldet der Berechtigte die Unmöglichkeit der Leistung eines der mehreren Gegenstände, unter welchen er die Wahl hat, so gilt die Forderung als erfüllt. Hatte der Verpflichtete die Wahl, so kann er entweder verlangen dass der Berechtigte die Forderung als erfüllt annehme, oder einen der übrigen Gegenstände leisten, und wegen des durch die Verschuldung des Berechtigten untergegangenen Gegenstandes Schadenersatz fordern».

(2) *Dresd. Entwurf*, Art. 281, che, con lievi varianti di locuzione, si uniforma al *Codice sassone*.

della prima parte dell'Art. 1180 così concepita: « L'obbligazione alternativa diviene semplice se una delle due cose promesse perisce o non può più essere consegnata, quantunque ciò accada per colpa del debitore ». Orbene, la seconda cosa, oggetto unico oramai dell'obbligazione, perisce per caso e, come la perdita fortuita dell'oggetto dedotto in un'obbligazione *ab origine* semplice disobbliga il debitore da qualsiasi prestazione, così dovrebbe avvenir qui. Ma obbiettiamo che qui il caso si è verificato mentre il debitore già versava in colpa rispetto all'obbligazione, perchè è per un fatto a lui imputabile che questa da alternativa che era si è ridotta ad obbligazione semplice, e però si spiega (v. s. n. 95, pag. 381 e segg.) com'egli non sia liberato. È poi giusto che debba il valore dell'ultima cosa perita perchè su quella aveva egli dimostrato di far cadere la scelta col far perire l'altra (1) (2).

b) *Scelta al creditore:* Allora il nostro Codice nelle configurate ipotesi gli dà diritto sempre a chiedere il risarcimento per l'una o per l'altra a sua scelta. C'è chi difende tale statuizione (3), ma a me sembrerebbe preferibile l'altra adottata dal *Codice sassone* (4), proposta dal *Progetto di Dre-*

---

(1) Mi pare questo un argomento perentorio in difesa della nostra legge contro il COVIELLO, il quale trova (*Op. cit.*, pag. 113) che « sarebbe stato più equo e più conforme ai principî obbligare il debitore a pagare il prezzo di quella cosa che perì per sua colpa. »

(2) Di passaggio osservo che la massima riferita della prima parte dell'Art. 1180, ridursi cioè semplice l'obbligazione anche se una delle due cose perisca per colpa del debitore, non ha quella generale portata che dal testo apparirebbe. Presa infatti a rigore, essa ci avrebbe dovuto condurre più sopra (cioè nel n. 150 lett. *b* in fine) alla conclusione che il creditore, benchè avente diritto di scelta, non possa esigere che la cosa rimasta (tutt'al più con l'aggiunta di un risarcimento per la toltagli possibilità di scelta); mentre vedemmo che allora può, a tenore dell'Art. 1881 e conforme a giustizia, preferirvi l'indennizzo per la cosa perita.

(3) Così p. es. CHIRONI, *Colpa contratt.*, n. 173, pag. 385-386, e cit. *Istit. di Dir. civ.*, II, § 262, pag. 26-27.

(4) *Bürg. Gesetzb. f. d. K. Sachsen*, § 726: « Verschuldet der Verpflichtete die Unmöglichkeit der Leistung des einen der mehreren Gegenstände und gehen die andere Gegenstände durch Zufall unter, so hat der Verpflichtete, *es mag ihm oder dem Berechtigten die Wahl zukommen*, Schadenersatz für den durch

sda (1), patrocinata infine da più d'uno nella dottrina (2), che cioè il creditore abbia diritto di ottenere il risarcimento della cosa perita per colpa del debitore, non mai di quella perita per caso. La prima cosa perisce per caso: l'obbligazione è divenuta semplice, la seconda cosa, oramai oggetto unico dell'obbligazione, perisce per colpa del debitore; perchè deve tornare in campo la prima sicchè per essa, anzichè per l'altra, possa chiedere il creditore indennizzo? Quando invece la prima cosa è perita per colpa del debitore e la seconda per caso, allora si s'intende logicamente che per quella prima (e per essa soltanto) si possa chiedere indennizzo, chè qui si affaccia la considerazione esposta poco fa esaminando il caso di scelta spettante al debitore, del dover cioè questi rispondere per essere la semplificazione dell'alternativa derivata da fatto a lui imputabile, sicchè non gli valga il trincerarsi dietro il fortuito che ha reso poi impossibile l'adempimento anche dell'obbligazione così semplificata. D'altra parte non dico che il creditore possa chiedere l'indennizzo, se così gli piaccia, per la cosa perita da ultimo per caso, anzichè per quella perita prima per colpa del debitore, perchè già, anche se la colpa del debitore non fosse per nulla intervenuta, egli il suo diritto di opzione lo avrebbe perduto, nel senso di non poter più esigere la cosa che per caso è distrutta od il valore di essa.

152. Dei rischi-pericoli e colpe riguardo alle deteriorazioni di cose dedotte in alternativa, anzichè in ordine alla loro totale estinzione (3), il Codice non si occupa. Ma con l'analogia

---

seine Verschuldung untergegangenen Gegenstand zu leisten». Dove è altresì notevole che il principio vale anche se al debitore spetti la scelta, come risulta dalle parole riferite in corsivo.

(1) *Dresd. Entwurf*, Art. 283, conforme al Codice sassone con insignificanti differenze di parole.

(2) Cfr. p. es. LAURENT, *Principes*, XVII, n. 248, pag. 256, il quale rileva la quasi unanimità degli scrittori francesi nel censurare in questa parte l'Art. 1193 (analogo al nostro 1180) contenente una ingiustificata deviazione dall'insegnamento del POTHIER (cfr. POTHIER, *Op. cit.*, n. 252, pag. 63). E fra i nostri BELLAVITE, *Op. cit.*, pag. 95.

(3) Sull'argomento veggasi in particolare fra noi GIORGI, *Op. cit.*, Vol. IV, n. 442, pag. 550-551 (7ª ediz.), che però tace delle deteriorazioni fortuite, per

di legge e col ricorso ai principî generali non riesce difficile il risolvere anche simili ipotesi. Così, per dirne una, se una delle due cose deteriori per caso fortuito, il debitore che abbia la scelta potrà pur sempre con essa, anzichè con l'altra rimasta integra, estinguere l'obbligazione. Se deteriori invece per colpa di lui, dovrà dare l'altra, avendo oramai per fatto proprio perduto il diritto di scelta e non potendo pretendere, perchè *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* (nemmeno in parte), che il creditore accetti invece la cosa deteriorata, più i danni interessi (1).

153. Credo non inutile avvertire, a titolo di chiusa della presente Sezione, che le norme in essa esposte possono essere derogate dalla volontà delle parti, sempre valida entro i limiti, già altrove studiati, in cui tengono clausole di sopportazione di rischi o di irresponsabilità per colpa. E detta volontà, com'è principio generale, può ben essere tacita oltrechè espressa e risultare dalle circostanze. Così vi hanno casi in cui il perdurare della possibilità delle due (o più) prestazioni è, come ben nota il PESCATORE, il presupposto del persistere dell'obbligazione (2), la quale, ove si renda fortuitamente impossibile una delle prestazioni, sfuma senz'altro anzichè concentrarsi sull'unica rimasta possibile. Tale sarebbe il caso di quel collezionista di monete antiche, che promettesse di darmi uno dei due pezzi ch'egli ha dell'identico conio per non tenere inutili duplicati nella sua raccolta. Certo è che, se fortuitamente uno di quei pezzi perisca, conforme alla volontà delle parti è il venir meno dell'obbligazione e non già il diritto per parte mia di esigere che il debitore mi dia la moneta rimastagli rendendo così incompleta la sua collezione.

Diritto francese BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. cit.*, II, n. 1096-1106, pag. 240-244 (3ᵉ édit.) e per Diritto tedesco PESCATORE, *Op. cit.*, § 31, pag. 250-252.

(1) Cfr. DEMOLOMBE, *Op. cit.*, T. XXVI (III del *Traité des contrats*), n. 94, pag. 74-75. *Contra* GIORGI, *loc. cit.*, pag. 550 e BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Op. e Vol. cit.*, n. 1098, pag. 241.

(2) PESCATORE, *Op. cit.*, § 31, pag. 239.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A pag.	linea		
A pag. 2	linea 13	a quelli fra	a quelli fra
» » »	» 21	abborrire	aborrire
» » 86	» 5	dirito	diritto
» » 105	» 18	*iuro*	*iure*
» » 171	» 11	inderminata	indeterminata
» » 195 in nota	» 1	*Fatti*	*Fonti*
» » 255	» 7-8	non acquista	non è certo ch'egli abbia acquistata
» » 256	» 8	estensione	estinzione
» » 347	» 15	o l'uso,	o l'uso, i
» » 394	» 1	rattuale	trattuale
» » »	» 2	tprima	prima
» » 427	» 31	ricorda	ricordata
» » 430 in nota	» 5	XVI	XVII
» » » »	» 13	*de Berl.*	*der Berl.*
» » 449	» 17	eccezionel	eccezione
» » »	» 18	de	del
» » 462	» 10	n. 110, pag. 442	n. 110 bis, pag. 456, nota 1
» » 479	» 18	E chi	È chi
» » 512	» 16	nel terreno	sul terreno
» » 272 nota 1	» 2	del COGLIOLO e del PACCHIONI	del COGLIOLO, del PACCHIONI e dell'ATZERI

» » 461 » 7-8 aggiungere una nota per indicare che lo scritto del MUSATTI accennato nel testo trovasi, sotto il titolo *Ne dolus, ne culpa praestetur*, in *Riv. del Dir. comm.*, IX (1911), parte II, pag. 1066-1073.

» » 463-464 note 1 sostituire le citazioni del CALUCI fatte secondo la vecchia edizione, con la seguente conforme all'edizione ultima (Torino, Unione 1909), venuta più tardi a mia cognizione: «CALUCI ecc., n.° 268, pag. 330-332 e n.° 329 pag. 395-396, nel quale ultimo n.° cerca ribattere l'obbiezione della seconda mia nota, desunta dal discorrersi nell'art. 416 Cod. comm. di possibile esclusione o limitazione, non di *obbligazioni* soltanto, ma altresì di *responsabilità* incombenti a Compagnie ferroviarie».

» » 519 in fine aggiungasi: Cfr. pure §. 286 capov. del *Cod. civ. germanico*.

» » 580 in fine della nota (4), iniziata a pagina precedente, aggiungere: «In dottrina va notato che persiste ad ammettere il risarcimento di danni morali nella colpa aquiliana e ad escluderlo nella contrattuale il CHIRONI, *Del danno morale*, in nota a varie sentenze inserite nella *Riv. del Dir. Comm.*, XI (1913), parte II pag. 801-814, ov'è altresì difesa in genere dai noti attacchi la distinzione delle due specie di colpa».

INDICE DEL VOLUME

N. B. — *La prima Parte del presente volume* (pag. 1-257) *comparve separatamente nel 1914*.